Das Anfallsrecht

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Hans Lübbing
Gerichtsreferendar aus Oldenburg i. O.

*

Marburg 1933

Verlag Gerhard Stalling, Oldenburg i. O.

Als Dissertation

von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

angenommen am 2.6.1932

Berichterstatter: Geh. Justizrat Prof. Dr. Leonhard

*

Herrn Dr. Carl Strehl

Direktor der Blindenstudienanstalt zu Marburg a. d. Lahn

in Dankbarkeit und Verehrung gewidmet

*





Schrifttum.

Kommentare:

Biermann: Kommentar z. BGB. III. Buch: Sachenrecht, 3. Aufl. Berlin 1914.
Kretzschmar: Das Sachenrecht des BGB. Leipzig 1916.
Leonhard, Franz: Kommentar zum BGB. V. Buch: Erbrecht. Berlin 1912.
Planck: Kommentar zum BGB. III. Buch: Sachenrecht. 1920. VI. Buch: Einführungsgesetz, 3. Aufl. 1905.
Reichsgerichtsräte-Kommentar: III. Bd.: Sachenrecht, 6. Aufl. Berlin-Leipzig 1928.
von Staudinger: Kommentar zum BGB. III. Bd.: Sachenrecht. 1. Teil. 9. Aufl. 1926. München und Berlin. VI. Bd.: Einführungsgesetz. 1. Teil. 2. Aufl. 1926.
Warneyer: Kommentar zum BGB. 2. Bd. Tübingen 1930.

Lehrbücher:

Cosack: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Sachenrecht. Jena 1900.
Crome: System des Bürgerlichen Rechts. III. Bd. Tübingen 1905.
Dalcke: Preußisches Jagdrecht, bearb. von Delius. 5. Aufl. Breslau 1908.
Dernburg: Pandekten I. Berlin 1902.
Dernburg: Das Bürgerliche Recht. III. Bd.: Sachenrecht, 4. Aufl. Halle 1908.
Dickel: Deutsches und Preußisches Forstzivilrecht. 2. Aufl. Berlin 1917.
Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. II. Bd. 1. Abt.: Sachenrecht, 8./9. Aufl. Berlin 1905.
Enneccerus: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. I. Bd. 1. Abt. Marburg 1928.
Gierke: Deutsches Privatrecht. 2. Bd.: Sachenrecht. Leipzig 1905.
Goldmann-Lilienthal: Das BGB. 2. Bd.: Sachenrecht. Berlin 1912.
Hedemann: Sachenrecht des BGB. in „Grundrisse der Rechtswissenschaft", Berlin-Leipzig 1924.
Kohler: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. II. Bd. 2. Teil. Sachenrecht. Berlin 1919.
Leonhard, Franz: Besonderes Schuldrecht des BGB. II. Bd. München-Leipzig 1931.
Leonhard, Franz: Bürgerliches Recht, Lehrbuch in kurzen Sätzen. Berlin 1926.
Matthias: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Berlin 1914.
Müller-Erzbach: Das Bergrecht Preußens und des weiteren Deutschlands. Stuttgart 1917.
Stobbe: Deutsches Privatrecht. II. Bd. Abt. 1. Berlin 1896.
Windscheid: Pandekten I. Frankfurt/Main 1900.
Wolff: Sachenrecht. Bd. III. Marburg 1929.

Monographien, Artikel usw.:

Affolter: Das Forstrecht. München 1911.

Barth: Verfügungen über zukünftige Rechte in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des Deutschen Rechts. Bd. 58, S. 595.

Blume: Die Aneignung von Sachbestandteilen in Seuff. Bl. Bd. 67, S. 102 ff., S. 113 ff.

Blume: Zur Lehre vom Fruchterwerb des Pächters in Iherings Jahrb. 39, A. 429, 430, 435.

Brünneck: Das heutige deutsche Jagdrecht und der Eigentumserwerb an widerrechtlich erlegtem Wild, im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 48, S. 80 ff.

Brünneck: Das Recht der Jagdausübung in seiner Eigenschaft und Bedeutung wie in seinem Verhältnis zum Jagdrecht nach der preuß. J.O. in Gruch. Beitr. Bd. 57, S. 365 ff. Jahrg. 1913.

Bunsen: Zur Lehre von den nicht getrennten Erzeugnissen, im Archiv f. Bürgl. Recht. Bd. 29, S. 11 ff.

Delius: Das Jagdrecht in der gerichtlichen Praxis. I. Bd. 1. Teil. Berlin 1930.

Ebner: Besitz und Eigentum an jagdbarem Wild in Gruch. Beitr. Bd. 57, S. 343 ff. Berlin 1913.

Ebner: Wilddiebstahl, Diebstahl, Unterschlagung, Hehlerei. In Goldammers Arch. 54. Jahrg. S. 252 ff. Berlin 1907.

Frommhold: Über das Jagdrecht. In Iherings Jahrb. Bd. 53, S. 188 ff. Jena 1908.

Göppert: Über die organischen Erzeugnisse. Halle 1869.

Harburger: Eigentumserwerb nach § 957 BGB. Im Recht V. 1901. S. 484.

Hellmann: Für und Wider: Eigentumserwerb nach § 957 BGB. Im Recht V. 1901. S. 417 und S. 532.

Hirsch: Die Übertragung der Rechtsausübung. Vervielfältigung der Rechte. Bd. I. Berlin 1910.

Jung: Der Fruchterwerb des scheinberechtigten Besitzers. Im Recht 1920. S. 57 ff.

Kreß: Besitz und Recht. Nürnberg u. Leipzig 1909.

Leonhard, Fr.: Das römische Recht. In d. Encyklopädie der Rechtswissenschaft. Hrg. Birkmeyer. 2. Aufl. Berlin 1904.

Leonhard, Fr.: Vertretung beim Fahrniserwerb. Leipzig 1899.

Raape, Leo: Aneignungsüberlassung. In Iherings Jahrb. 74, S. 199 ff.

Rabel: Grundzüge des römischen Privatrechts. In Holtzendorff-Kohlers Encyklopädie der Rechtswissenschaft I. S. 444. Berlin-München-Leipzig 1915.

Reichel: Der Begriff der Frucht im BGB. Iherings Jahrb. 42, S. 289 ff.

Rümelin: Das Handeln in fremdem Namen im BGB.: Die Vertretung beim Erwerb durch Okkupation, Fruchtperzeption usw. im Arch. f. d. ziv. Prax. 93. Bd. Tübingen-Leipzig 1902.

Schmidt-Pasing: Ansprüche und rechtl. Befugnisse des Jagdausübungsberechtigten gegenüber dem sein Aneignungsrecht verletzenden Wilderer in Seuff. Bl. Bd. 69, S. 357 ff. 1904.

Seydel: Der Fruchterwerb auf Grund des Gestaltungsgeschäftes. Breslau 1907.

Dissertationen:

Bitting: Das dingl. Jagdrecht. Marburg 1931.

Jaehner: Eigentumserwerb am Wilderergut. Göttingen 1897.

Lange: Über den Erwerb von Erzeugnissen und sonstigen Bestandteilen einer Sache nach dem BGB. (Rostocker Dissertation) Güstrow 1901.

Tuch: Die Konstruktionsversuche am § 956 BGB. (Würzburger Dissertation) Greifswald 1913.

Winkler: Wilderergut und Jagdberechtigung. Jena 1911.

Rechtsprechungen:

RG. 78, 35 ff.
RGSt. 9, 431; 15, 268; 23, 89.
RG. im „Recht" 1902 v. 17. X. 1901, S. 157.
OLG. 20, 167.
OLG. Posen im „Recht" 1901, S. 284.

Inhaltsübersicht.

Einleitung.

Im Folgenden soll von einer Gruppe dinglicher Rechte gehandelt werden, die das neue Recht geschaffen hat. Die dinglichen Aneignungsrechte, die hier untersucht werden sollen, unterscheiden sich von den römischen dinglichen Rechten dadurch, daß es an der Herrschaft des Subjekts, an der Möglichkeit der Nutzung und Veräußerung fehlt. Es ist ein Recht, eine Sache seinem Vermögen einzuverleiben, also ein Erwerbsrecht; dieses ist nicht ein (obligatorisches) Recht auf die Sache, sie von einem andern zu verlangen, sondern ein Recht an der Sache, das zu verwirklichen dem Berechtigten zusteht, unabhängig von dem Willen und der Tätigkeit anderer Personen. Diese dinglichen Aneignungsrechte können sich, wie darzutun ist, erstrecken auf Sachen, die als wesentliche Bestandteile einer Hauptsache im Eigentum des Berechtigten stehen, auf Sachen, die in fremdem Eigentum stehen und schließlich auf herrenlose Sachen. Dingliche Aneignungsrechte können beruhen auf Gesetz, auf Vertrag oder staatlicher Verleihung. Diese dinglichen Rechte haben 2 Wirkungen: 1. Positiv: indem sie auch gegen entgegenstehenden Willen wirksam sind; 2. negativ: da jeder andere vom Erwerb ausgeschlossen wird[1]).

Die nachstehende Untersuchung dient insbesondere den dinglichen Aneignungsrechten, denen eine besondere Stärke verliehen wurde, indem dem Berechtigten die Sachen, an denen ihm sein Recht zusteht, auch dann zufallen, wenn ein Unberechtigter, der sein Aneignungsrecht verletzt, diese Sachen in Besitz nimmt. Das mit dieser Wirkung versehene dingliche Aneignungsrecht nennen wir „Anfallsrecht"[2]). Wenn den dinglichen Aneignungsrechten von der h. M. bisher ein verschiedener Rechtsschutz gewährt wurde, so liegt dies nur daran, daß das Anfallsrecht bisher als einheitliches Rechtsinstitut nicht behandelt und meistens verkannt wurde. Dies ist ein höchst unerfreulicher Zustand, der zu beseitigen ist, zumal kein legislatorischer Grund besteht, die rei vindicatio einzelnen dinglichen Aneignungsberechtigten zu gewähren, während man sie anderen abspricht.

Für diese dinglichen Aneignungsrechte wählen wir die Bezeichnung „Anfallsrecht", da uns dieser Ausdruck aus dem Erbrecht geläufig ist.

---

[1]) Vgl. Stobbe-Lehmann, Deutsches PrR. II 1 § 116.

[2]) So auch Leonhard, Lehrbuch S. 136/37; Barth S. 595; Raape S. 189 ff.; Gierke, SR. S. 592; Cosack SR.

„Anfallsrecht" sagt uns treffend, daß es sich hier um ein Recht handelt, das, wie es dem Erben mit dem Eintritt des Erbfalls und mit Erfüllung der sonstigen Voraussetzungen sein Erbteil verschafft, ohne daß die Erbschaft auch nur einen Augenblick herrenlos ist, dem dinglich Aneignungsberechtigten das Objekt seines Rechts anfällt, er erwirbt Eigentum daran lediglich durch eine Tatsache (Trennung, Inbesitznahme, gleichgültig durch wen), wenn die geforderten Voraussetzungen erfüllt sind.

Zwischen „Aneignungsrecht" und „Anfallsrecht" ist ein strenger Unterschied zu machen. Das Aneignungsrecht ist häufig nur das obligatorische Recht auf eine Sache, deren Aneignung zu dulden von einem anderen verlangt werden kann. Aber auch wenn es dinglich ist, so bedarf es zum Erwerbe doch noch immer einer Handlung des Berechtigten. Gerade darin liegt der Unterschied zwischen dieser Rechtsform und dem Anfallsrecht, daß letztes auch ohne einen solchen Akt ohne weiteres einen Erwerb begründet.

§ 1. Erwerb von Erzeugnissen und sonstigen Bestandteilen.

I. In den Bestimmungen der §§ 953 ff. BGB., die über den Erwerb von Erzeugnissen und sonstigen Bestandteilen einer Sache handeln, weicht das BGB. sowohl vom römischen als auch vom gemeinen Recht ab, indem es den Berechtigten die Früchte und Bestandteile zumeist mit der Trennung erwerben läßt. Mit der Trennung erwarben im römischen Recht die Früchte ursprünglich nur der Eigentümer und wegen seiner eigentümerähnlichen Stellung auch der Emphyteuta. Erst seit der Kaiserzeit (Julian) wurden auch dem gutgläubigen Besitzer die Früchte mit der Trennung zuerkannt. Dem lag der Gedanke zugrunde, daß er wegen seiner Obhut und Pflege Eigentum an den Früchten in Analogie der Vorschriften über die Verarbeitung erwerben müsse. Alle anderen, auch dinglich Berechtigte, erwarben das Eigentum an den Früchten nur durch Perzeption mit Ausnahme des Nießbrauchers, der die Tierjungen bereits mit der Geburt erwarb[3]). Nur dem Eigentümer, dem Erbpächter und später dem gutgläubigen Besitzer, sowie dem Usufructuar an Tieren standen bezüglich der Früchte die rei vindicatio und die actio negatoria zu.

Der dinglich Berechtigte und der zur Ausübung eines solchen Rechts Besitzende erwarben die Früchte im gemeinen Recht nur durch Besitzergreifung[4]). Im BGB. dagegen sind der dinglich Berechtigte, der Eigenbesitzer, wenn er gutgläubig ist, sowie der auf Grund eines obligatorischen Verhältnisses Besitzende dem Eigentümer gleichgestellt und erwerben mit der Trennung.

Bei dem Erwerb der Erzeugnisse und Bestandteile gemäß §§ 953 ff. BGB. macht das Gesetz aus Zweckmäßigkeitsgründen, um ein mißliches Miteigentum auszuschließen, keinen Unterschied zwischen Erträgnissen, d. h. Früchten, die einer ordentlichen Wirtschaft entspringen, und den anderen Erzeugnissen, da eine große Unsicherheit entstehen würde bezüglich der Eigentumsverhältnisse an den durch Naturereignis oder Willkür (Windbruch, Raubbau) getrennten Früchten. Das Eigentum an den Früchten wird durch den Berechtigten (außer dem Eigentümer) erst durch die

---

[3]) Siehe Leonhard, Römisches Recht S. 128; Dernburg, Pandekten I S. 468.
[4]) Vgl. von Blume, Zur Lehre vom Fruchterwerb S. 429 ff.

Trennung erworben. Kraft positiver Gesetzesbestimmung gehören die Früchte, solange sie mit der Hauptsache verbunden sind, als wesentliche Bestandteile dem Eigentümer der Hauptsache (§ 94 BGB.). In dieser Beziehung steht das geltende Recht streng auf dem Standpunkt des römischen Rechts, ja, es geht sogar noch weiter, indem es den Samen, ohne Rücksicht auf das Keimen und Wurzelschlagen, bereits mit dem Aussäen zum wesentlichen Bestandteil des Grund und Bodens werden läßt. Im deutschen Recht galt bezüglich der Früchte die Theorie der neuen Sache, die Frucht entstand mit der Bestellung des Ackers als selbständige bewegliche Sache[5]). Die Gültigkeit dieser Theorie wird auch im geltenden Recht behauptet, wobei man sich auf § 446 BGB. beruft, in dem es heißt, daß Früchte und Nutzungen dem Käufer von der Übergabe ab zufallen[6]). Nach der Teilungstheorie, nach der die Frucht als selbständige Sache erst mit der Trennung entsteht, müßten diese dem Käufer bereits vom Abschluß des Kaufvertrages an gebühren. Für diese Theorie der neuen Sache scheint auch § 810 ZPO. zu sprechen, der die Pfändung von Früchten einen Monat vor Reife gestattet. Mit Recht wird jedoch darauf hingewiesen, daß es sich in dieser Bestimmung um ein Sonderrecht der Zwangsvollstreckung handelt, daß also allgemeine Folgerungen daraus nicht zu ziehen sind[7]). M. E. muß für das BGB. die Gültigkeit dieser Theorie unbedingt abgelehnt werden, der Keim ist gemäß § 94 wesentlicher Bestandteil des Grund und Bodens, der jedoch besonderer Rechte fähig ist[8]). Die deutschrechtliche Theorie der neuen Sache hat das BGB. nicht übernommen. Da das Recht auf die Früchte jedoch einem anderen als dem Eigentümer zustehen kann (Nießbraucher, Pächter usw.), so fallen die Früchte häufig mit der Trennung nicht dem Grundstückseigentümer, sondern dem Fruchtberechtigten zu. Für das Rechtsverhältnis bis zur Trennung macht es keinen Unterschied, ob die Bestellung des Ackers, das Einstreuen des Samens, das Pflanzen usw. vom Fruchtberechtigten oder vom Eigentümer ausgegangen ist, auch im ersteren Falle entsteht das Recht an der Frucht immer erst mit der Trennung, bis dahin erstreckt sich das Grundstückseigentum auch auf die Frucht[9]).

Der rein objektive Fruchtbegriff des BGB. deckt sich nicht mit dem wirtschaftlichen. Der Fruchtbegriff des gemeinen Rechts ist streng einheitlich und beruht auf wirtschaftlichen Erwägungen: Früchte sind die wirtschaftlichen Erträge, die eine Sache ihrer Bestimmung gemäß und ohne

---

5) ALR. I, 9 § 221.
6) Siehe Reichel S. 289.
7) OLG. II Posen (Recht 1901 S. 284).
8) Siehe Lange S. 8.
9) Vgl. Bunsen S. 11.

Veränderung ihres Wesens abwirft. Das BG. hat die Einheitlichkeit und die wirtschaftliche Grundauffassung des gemeinrechtlichen Fruchtbegriffs praktischen Rücksichten aufgeopfert. Nach dem BGB. sind Früchte einer Sache „die Erzeugnisse der Sache", ferner „die sonstige Ausbeute, welche aus der Sache ihrer Bestimmung gemäß gewonnen wird", endlich „die Erträge, die die Sache vermöge eines Rechtsverhältnisses gewährt" (§ 99 Abs. 1 u. 3). Gemäß den Bestimmungen der §§ 953 ff. BGB. erwirbt der Erwerber eines auf Abbruch verkauften Hauses oder eines Schiffes zum Abwracken das Eigentum an den Bestandteilen in derselben Art, wie sich der Erwerb an den Bäumen eines zum Abholzen verkauften Waldes vollzieht.

II. In § 953 BGB. ist ausgesprochen, daß dem Eigentümer der Hauptsache das Eigentum an den Früchten und Erzeugnissen auch nach der Trennung zusteht. Auch wenn der Besitz ihm entzogen ist, erwirbt er die Früchte, es sei denn, daß ein anderer kraft eines dinglichen Rechts erwirbt, oder daß sein Erwerb ausgeschlossen ist durch einen Eigen- oder Nutzbesitzer oder durch eine Aneignungsgestattung. Von Blume[10]) und Dernburg[11]) vertreten unter Berufung auf die Fassung des § 953 BGB. den Standpunkt, daß es sich um ein fortgesetztes Eigentum an den Erzeugnissen handele. Dem tritt Gierke[12]) mit Recht entgegen; in § 953 BGB. handelt es sich nicht um ein fortgesetztes Eigentum, sondern um ein neuentstandenes, denn das Eigentum an den Früchten wird, jedenfalls sobald diese nicht mehr als Bestandteile des Grundvermögens erscheinen, vom Pfandrecht befreit (§§ 1121—1122 BGB.). Daß man von einem fortgesetzten Eigentum nicht reden kann, zeigt auch eine Betrachtung aus dem ehelichen Güterrecht. Die Früchte eines Gartengrundstücks z. B. fallen bei der Fahrnisgemeinschaft mit der Trennung aus dem eingebrachten Gut in das Gesamtgut, da sie vorher als wesentliche Bestandteile des Grund und Bodens zum eingebrachten Gut gehörten, während sie jetzt als Fahrniseigentum in das Gesamtgut gehören. Es handelt sich also nicht um ein fortgesetztes Eigentum, sondern um ein neuentstandenes, das der Eigentümer kraft seines Anfallsrechts mit der Trennung erwirbt[13]).

III. § 954 BGB. bestimmt, daß derjenige, der durch ein Recht an der Sache befugt ist, sich Früchte dieser Sache anzueignen, diese mit der Trennung erwirbt. Durch ein Recht an der Sache, d. h. dinglichberechtigt sind u. a. der Nießbraucher (§ 1030 BGB.), der Erbbauberechtigte (VO. vom

---

[10]) von Blume, Zur Lehre vom Fruchterwerb S. 429 ff.

[11]) Dernburg, SR. S. 372.

[12]) Gierke, SR. II S. 519.

[13]) So auch Cosack, Sachenrecht S. 182.

15. 1. 1919 über das Erbbaurecht), der Erbpächter usw. Hierher werden auch die zu rechnen sein, die auf Grund eines allwirksamen Rechts Früchte erwerben, wie der Ehemann als Nutznießer an dem eingebrachten Gut der Ehefrau (§ 1383), der Vater als Nutznießer am Kindesvermögen (§ 1652). Hierbei ist es belanglos für den Erwerb der Früchte, ob der Berechtigte sich im Besitz der Hauptsache befindet. Jedoch muß der nichtbesitzende dinglich Berechtigte dem gutgläubigen Eigen- oder Nutzungsbesitzer, sowie dem Gestattungsempfänger weichen. Hervorzuheben ist, daß nach § 954 seitens der Berechtigten mit der Trennung keine Sachbestandteile erworben werden, denn an diesen können besondere Rechte nicht bestehen, die nur an wesentlichen Bestandteilen möglich sind. Bei den Früchten ist dinglich nicht zu unterscheiden, ob es einmalige sind oder ob sie regelmäßig wiederkehren, d. h. solche, die mit aller Sicherheit wiederkehren (§ 101, II BGB.). Die ersteren fallen dem zur Zeit der Trennung Berechtigten an, die regelmäßig wiederkehrenden Früchte fallen genau so dem zur Zeit der Trennung Berechtigten an, sind jedoch (obligatorisch) im Verhältnis zur Zeit der Nutzungsberechtigung unter mehreren innerhalb der bestimmten Fruchtperiode Berechtigten zu teilen. Gemäß § 1212 BGB. erwirbt der Pfandgläubiger das Eigentum nur an den Erzeugnissen des Pfandobjekts, nicht an den übrigen Früchten.

Der rechtliche Vorgang bei dem Eigentumserwerb in § 954 BGB. wurde wie in § 955 BGB. als eine Tradition im Sinne des § 929 BGB. konstruiert[14]). Diese Konstruktion, die eine Übereignung zukünftiger Sachen fingiert, ist m. E. nicht haltbar, denn das Eigentum an den Früchten gelangt selbständig erstmalig mit der Trennung zur Entstehung, auch fehlt es an der nötigen Bestimmtheit der zukünftigen Sachen, auf die sich die Einigung erstrecken müßte. Diese fingierte Übereignung wird ganz undenkbar, wenn der Nießbraucher Früchte gemäß § 954 BGB. erwirbt, während der Eigentümer der Muttersache sein Eigentum vielleicht schon lange vor Entstehung der Früchte aufgegeben hat. Es handelt sich nicht um einen abgeleiteten, sondern um einen ursprünglichen Erwerb in § 954, um ein Anfallsrecht; der Berechtigte erwirbt dieses zwar durch Rechtsgeschäft (evtl. auch kraft Gesetzes § 1652, § 1383), der Fruchterwerb beruht jedoch nicht auf einem Rechtsgeschäft[15]).

IV. In § 955 werden die Früchte dem gutgläubigen Eigenbesitzer der Hauptsache zugesprochen. Dieser erwirbt jedoch das Eigentum nur an den Bestandteilen, die Früchte im Sinne des § 99 BGB. sind; er erwirbt

---

[14]) Kreß S. 311 ff. u. a.

[15]) So auch Lange S. 21; Raape S. 189 ff.

somit z. B. nicht das Eigentum an den Baumaterialien eines gutgläubig besessenen und abgebrochenen Hauses[16]). Der Berechtigte muß sich jedoch im guten Glauben darüber befinden, daß kein anderer nutzungsberechtigt ist. Es genügt nicht, daß dieser gute Glaube beim Erwerb der Muttersache vorhanden war, vielmehr muß er auch zur Zeit der Trennung der Früchte vorhanden sein[17]). Der Erwerb findet auch dann statt, wenn der gutgläubige Eigenbesitzer den Besitz der Stammsache gegen seinen Willen verlor und binnen Jahresfrist wiedererlangte oder seinen Anspruch gerichtlich geltend machte.

Bei diesem Fruchterwerb des gutgläubigen Eigenbesitzers muß nun die Fiktion einer Tradition vollständig versagen. Es liegt auf der Hand, daß es sich in § 955 BGB. um einen originären Erwerb handelt, der auf einem kraft Gesetzes bestehenden Anfallsrecht beruht. Von einer Übereignung oder von einem derivativen Erwerb kann keine Rede sein, denn der gutgläubige Eigenbesitzer erwirbt oft ohne Wissen und gegen den Willen des Eigentümers.

V. Gegenüber dem gemeinen Recht begünstigt § 956 BGB. denjenigen, dem der Eigentümer die Aneignung von Früchten gestattet, indem dieser diese Früchte nunmehr mit der Trennung erwirbt, falls ihm der Besitz der Muttersache überlassen ist. Praktisch wird durch diese Bestimmung im BGB. hauptsächlich der Pächter begünstigt, der, wie dargelegt wurde, im römischen und gemeinen Recht sehr ungünstig gestellt war, indem er das Eigentum an den Früchten erst mit der Besitzergreifung erlangte. In Rom bestand ein weit geringeres Bedürfnis, den Pächter im Erwerb seiner Früchte zu schützen, denn die Pacht spielte damals eine sehr untergeordnete Rolle. Als Pächter von Grundstücken kannte man in Rom nur vereinzelt „kleine" Leute, die sich vor der Stadt eine Parzelle zum Gartenbau pachteten. Wirtschaftliche Bedeutung hatte lediglich die Erbpacht. Dem trug die römische Gesetzgebung Rechnung, indem der Emphyteuta, wie der Eigentümer, die Früchte mit der Trennung erwarb. Die neuere wirtschaftliche Entwicklung verlieh der Pacht eine hervorragende wirtschaftliche Bedeutung, der das alte Recht in keiner Weise den erforderlichen Schutz gewährte. Dem Rechtsschutzbedürfnis des Pächters gegenüber dem Verpächter und dessen Gläubigern, sowie dem Bedürfnis nach Rechtsschutz der Gläubiger des Pächters entspricht das BGB. in § 956. § 956 verleiht dem Pächter, wie jedem dem die Aneignung von Früchten vom Eigentümer obligatorisch gestattet ist, ein dingliches Anfallsrecht, wenn ihm der Besitz der Muttersache überlassen ist. Das gleiche gilt, wenn die Ge-

---

[16]) So Dernburg, SR. S. 372.

[17]) So Dernburg, SR. S. 372; Gierke, SR. II S. 592.

stattung von einem andern als dem Eigentümer ausgeht, dem die Früchte nach der Trennung gehören würden. Ist der Besitz der Muttersache nicht überlassen, so erwirbt der Gestattungsempfänger die Erzeugnisse und Bestandteile erst mit der Besitzergreifung.

Neben dem Eigentümer ist zur Gestattung gemäß § 956 z. B. der Nießbraucher berechtigt (§ 1059,2 BGB.), nicht dagegen der Pächter (§§ 549, 581², 596¹ BGB.). Erworben werden nicht nur die Erzeugnisse und wesentlichen Bestandteile, sondern auch die Sachbestandteile. Wird z. B. ein Haus auf Abbruch verkauft, so erwirbt der Käufer das Baumaterial mit der Trennung, falls ihm der Besitz des Hauses überlassen war. Der Besitz muß nach dem Gesetz vom Berechtigten überlassen sein, bei eigenmächtiger Inbesitznahme erwirbt der Gestattungsempfänger wie der Nichtbesitzende erst durch Besitzergreifung der Frucht; gegen einen Dritten hat er einen Anspruch evtl. aus § 826 BGB. Im übrigen muß er sich an den Veräußerer halten. Ein Teilbesitz gemäß § 865 BGB. ist als ausreichend zu erachten, so daß der Käufer eines Holzbestandes zur Abholzung das Eigentum an den Bäumen durch Trennung, d. i. Fällen, erwirbt, auch wenn dies durch einen Unberechtigten oder ein Naturereignis geschieht, wenn er sich im Mitbesitz der Bäume befindet. Dies kann in der Umfriedung des gekauften Bestandes oder durch Signieren der Bäume oder Anstellen eines Wärters geschehen. In Analogie der §§ 930/31 BGB. ist auch der mittelbare Besitz für den Anfall der Früchte mit der Trennung als genügend anzusehen[18]). Jedoch muß gefordert werden, daß der Besitz zur Zeit der Trennung besteht[19]). Dies verlangte ausdrücklich der E. I in § 901,2. Wenn dies Erfordernis in § 956 BGB. nicht ausgesprochen wurde, so ist dies keine sachliche Änderung[18]). Für den Fall, daß dem Gestattungsempfänger der Besitz gegen seinen Willen entzogen wurde, ist jedoch § 940,2 BGB. anzuwenden[20]) (siehe § 955,3 BGB.), d. h. für den Fruchterwerb ist es unerheblich, wenn dem besitzenden Fruchtziehungsberechtigten der Besitz der Muttersache gegen seinen Willen entzogen wurde und er diesen binnen Jahresfrist oder einer innerhalb dieser Frist gestellten Klage wiedererlangte; auch dann fällt ihm das Eigentum an den Früchten mit der Trennung an. Gemäß § 1039 BGB. erwirbt der Nießbraucher durch die Trennung alle Erzeugnisse, auch die im Übermaß gezogenen. Der Pächter dagegen hat gemäß § 581 BGB. Anspruch nur auf die Erträge, die einer ordentlichen Wirtschaft entsprechen. In dieser Bestimmung handelt es sich jedoch lediglich um eine obligatorische Ausgleichspflicht des Pächters gegen den Verpächter. Der dingliche Eigentums-

---

[18]) Seydel S. 35.

[19]) So auch Wolff § 77; a. M. Mitteis S. 55[20]; Kreß S. 304 Anm. 825.

[20]) So auch Biermann zu § 956; Wolff § 77.

erwerb nach § 956 BGB. wird durch diese Bestimmung nicht betroffen[21]). In bewußter Abweichung vom römischen Recht trennt das BGB. den dinglichen Fruchterwerb vom Übermaß[22]). Dies wird von der h. M. mit Unrecht verkannt, die gemäß § 581 BGB., wonach dem Pächter nur die Früchte gebühren, die einer ordentlichen Wirtschaft entsprechen, diesem das Eigentum nur an den in diesem Rahmen getrennten Früchten zuspricht. Dieser Standpunkt ist abzulehnen, denn der Fruchterwerb des Pächters kann dinglich sich von dem des Nießbrauchers nicht unterscheiden. Auch spricht der Inhalt des § 956 gegen die Ansicht der h. M., der dem besitzenden Pächter ganz allgemein das Eigentum an den Früchten mit der Trennung zuspricht. Bei Früchten unterscheidet das BGB. nicht zwischen den ordentlichen und den im Übermaß gezogenen Früchten.

Für die Kollision mehrerer Berechtigter enthält das Gesetz zahlreiche Normen. Für die gleichzeitige Berechtigung mehrerer bestimmt z. B. § 706 BGB., daß den Gesellschaftern das Eigentum an den Früchten als Miteigentum anfällt. Gemäß §§ 741 ff. BGB. erwerben die Gesellschafter einer Gesellschaft nach Bruchteilen die Früchte zu gleichen Teilen. Die Früchte eines Grenzbaumes erwerben gemäß § 923 BGB. die Nachbarn zu gleichen Teilen, und § 1519 BGB. bestimmt u. a., daß bei der Errungenschaftsgemeinschaft das, was die Ehegatten während der Ehe erwerben, gemeinsames Eigentum beider wird. Für die nachfolgende Mehrheit von Berechtigten bestimmt u. a. § 446 BGB., daß beim Verkauf einer fruchttragenden Sache dem Käufer die Früchte von der Übergabe ab gebühren. Die §§ 1038 und 2123 BGB. sehen für das Verhältnis zwischen Eigentümer und Nießbraucher einerseits und Vor- und Nacherben andrerseits für den Fruchterwerb an einem Wald, Bergwerk usw. einen Wirtschaftsplan vor. Gemäß § 2184 BGB. hat der mit einer Auflage Beschwerte dem Vermächtnisnehmer die Früchte des vermachten Gegenstandes vom Erbfall an herauszugeben. Die einfachste Lösung ist in Kollisionsfällen der Vertrag, auf den das Gesetz hinweist in den §§ 745, 1010, 1432, 1442 II, 2038 BGB.[23]). Für den Eigentumserwerb an den Früchten entscheidet sowohl bei gleichzeitiger als auch bei nachfolgender Mehrheit von Berechtigten die Innehaltung, der Besitzende geht vor. Wird trotz Bestehens eines obligatorischen Fruchtziehungsrechtes ein dingliches Recht bestellt, bestellt z. B. der Eigentümer, obwohl er sein Grundstück verpachtet hat, einen Nießbrauch, so erwirbt doch der besitzende Pächter die Früchte, jedoch ist stets der gute Glaube zu schützen.

[21]) Vgl. Kohler S. 207.

[22]) Leonhard, SchR. S. 173.

[23]) Siehe Affolter S. 200.

Auch für den Fruchterwerb in § 956 BGB. wurde unter Berufung auf die Motive und Protokolle[24]) an der Traditionstheorie des gemeinen Rechts festgehalten, die ihre Vertreter gefunden hat[25]). Die Traditionsofferte wird in der Aneignungsgestattung gesehen; die Annahme sieht ein Teil[26]) der Vertreter dieser Lehre in der Besitzergreifung der Hauptsache, während andere[27]) die Annahme in der Trennung der Frucht sehen. Nach der h. M. handelt es sich um eine Übereignung zukünftiger Sachen, die das geltende Recht zuläßt. Die Früchte und Bestandteile könnten zum Zeitpunkt der Gestattung nicht übertragen werden, dem stände § 93 BGB. entgegen. Es handle sich somit um eine Übereignung unter einer aufschiebenden Rechtsbedingung oder, wie Biermann a. a. O. ausführt, liegt in der Gestattung gemäß § 956 BGB. eine brevi manu traditio des § 929,2 BGB. Kipp—Windscheid spricht nur von einer Quasi-Tradition in § 956 BGB., indem er eine Schwäche der Traditionstheorie richtig erkennt; im Falle, daß der Gestattungsempfänger sich nicht im Besitz der Hauptsache befindet, bestimmt § 956 BGB., daß die Traditionsofferte nicht bindend sein soll. Dies widerspricht so offensichtlich der Vertragslehre im BGB. (§ 145), daß sie, konsequent durchgeführt, für den Fruchterwerb nach § 956 BGB. nicht angewandt werden kann. Die h. M.[28]) beruft sich zur Begründung ihrer Traditionslehre im Anschluß an die Protokolle[29]) auf die Bestimmung in § 956 BGB., daß der Widerruf der Gestattung bei überlassenem Besitz in § 956 BGB. ausgeschlossen sei; dem liege der Gedanke der Unwiderruflichkeit der Traditionsofferte zugrunde. M. E. spricht gerade dies gegen die Übereignungstheorie, denn es ist nicht einzusehen, warum die Unwiderruflichkeit der Traditionsofferte, die in § 145 BGB. normiert ist, in § 956 BGB. noch einmal ausgesprochen werden sollte; merkwürdig ist es auch, daß die grundsätzliche Verbindlichkeit dieser Offerte nicht vorliegen soll, wenn der Besitz der fruchttragenden Muttersache nicht überlassen wurde. Wenn die Unwiderruflichkeit der Gestattung in § 956 BGB. bei überlassenem Besitz ausgesprochen wurde, so kann der Gesetzgeber hier nur von dem Gedanken ausgegangen sein, daß es sich nicht um eine Tradition, um ein Rechtsgeschäft, bestehend aus einer den Antragenden stets bindenden Offerte und Annahme, handelt, es muß sich vielmehr um einen anderen Erwerb handeln, der unter Voraussetzung des Besitzes

[24]) Windscheid, Pandekten I § 186.

[25]) Crome S. 369; RGE. 78 S. 35 ff.; Planck, Zu § 956; Staudinger, Zu § 956; Kreß S. 301 ff. u. a.

[26]) Planck a. a. O.; Kohler a. a. O. u. a.; Biermann, Zu § 956.

[27]) Kreß a. a. O. u. a.

[28]) Dernburg, SR. S. 372.

[29]) Protokolle Bd. 3 S. 250.

dinglich[30]) erfolgt. Es mag zugegeben sein, daß das BGB. eine Einigung über zukünftige Sachen gemäß §§ 160/61 BGB. zuläßt, so daß sich Bedenken gegen die Traditionstheorie, daß es sich um Übereignung nicht existenter Sachen handeln müßte, nicht ergeben. Die Modifikation der Traditionstheorie, die in der Besitzergreifung die Annahme der Traditionsofferte sieht[31]), beseitigt zum Teil die Einwände, die dieser Lehre entgegengehalten werden. Es wird ausgeführt[32]), die Erfordernisse des Rechtsgeschäftes, das die Übereignung darstellt, seien bei dem Erwerb gemäß § 956 BGB. häufig nicht vorhanden, da der Berechtigte bei überlassenem Besitz der Muttersache die Früchte stets erwerbe, auch wenn er bei der Trennung geschäftsunfähig sei oder dies gegen seinen Willen oder ohne sein Wissen geschehe, ja selbst dann, wenn ein dritter die Trennung vollziehe. Jedoch ist die Lehre auch in dieser Modifikation nicht haltbar, denn will man den Übereignungsvertrag mit der Besitzergreifung der Hauptsache vollendet sehen, so sind auch dann die Erfordernisse eines Rechtsgeschäfts nicht erfüllt, da Besitz selbst durch einen Geschäftsunfähigen begründet werden kann. Es würde für den Fruchterwerb gemäß § 956 BGB. also genügen, wenn der obligatorische Vertrag in Erfüllung der rechtsgeschäftlichen Erfordernisse gültig geschlossen sei, dagegen der dingliche Eigentumsübergang auch an denen stattfinden, bei denen die Voraussetzungen zum Abschluß eines Rechtsgeschäfts nicht oder nicht mehr vorliegen. Der Übereignungsvertrag ist Rechtsgeschäft, und wenn ein Eigentumsübergang auch dann stattfindet, wenn ein Vertrag nicht zustande kommt, so kann es sich um eine Tradition gemäß § 929 BGB. nicht handeln; die Lehre ist unrichtig. Wenn auch die Übereignung einer zukünftigen Sache zulässig ist, so muß doch gefordert werden, daß es sich um ein festbestimmtes Objekt handelt. Dies ist bei den Früchten häufig nicht der Fall, denn als Früchte einer Sache erstehen häufig Gegenstände, an die kein Vertragschließender beim Abschluß des Vertrags gedacht hat und denken konnte. Obligatorisch mag man einen Vertrag zulassen mit unbestimmtem, jedoch bestimmbarem Inhalt, daß alle Früchte einer Sache einem Berechtigten gehören sollen, hingegen muß für einen (dinglichen) Übereignungsvertrag unbedingt gefordert werden, daß das Objekt fest bestimmt ist; auch dieser Gesichtspunkt muß zu einer Ablehnung der Traditionstheorie führen.

Auch in § 956 BGB. wird vielmehr ein Anfallsrecht begründet[33]). Dem obligatorischen Fruchtziehungsrecht wird, wenn der Besitz der Muttersache dem Berechtigten überlassen ist, die Natur des dinglichen Anfallsrechts ver-

---

[30]) Gierke, SR. S. 592.

[31]) Planck, SR. § 956.

[32]) Matthias S. 474; Hellmann, i. R. 1901 S. 420.

[33]) So Cosack a. a. O.

liehen, es handelt sich um eine sachenrechtliche Wirkung des Besitzes[34]). Schon der Wortlaut des § 956 BGB.: „Gestattet der Eigentümer . . . sich anzueignen, so erwirbt . . .“ deutet auf ein besonderes Recht, das diese Bestimmung schafft; der Berechtigte erwirbt nicht (nur), weil der Eigentümer gestattet, auch nicht, weil er sich die Früchte aneignet, weder seitens des Gestattenden, noch von dem Gestattungsempfänger wird eine Tätigkeit gefordert, sondern der Erwerb findet statt kraft Gesetzes, weil der Berechtigte besitzt. Die Gestattung ist lediglich eine Voraussetzung des Erwerbs, der Besitz kann auch gegen den Willen des Berechtigten vorhanden sein. Es ist kein derivativer Erwerb der Früchte in § 956 BGB. Das Eigentum an den Früchten wird originär kraft des Anfallsrechts, wenn dessen Voraussetzungen erfüllt sind, erworben. Das Anfallsrecht ist dinglich; mit der Trennung, mag diese von dem Berechtigten, irgendeinem Unbefugten, durch ein Naturereignis, gleichgültig wie, erfolgen, fällt das Eigentum an den Früchten dem Berechtigten zu, wenn er die Muttersache in Besitz hat; ist dies nicht der Fall, so wird lediglich ein obligatorisches Aneignungsrecht begründet, kraft dessen der Eigentumserwerb durch Inbesitznahme (nur) seitens des Berechtigten erfolgt. Der nichtbesitzende Gestattungsempfänger erwirbt kraft seines Aneignungsrechts nicht durch Tradition, da deren Voraussetzungen fehlen.

VI. Nach § 957 BGB. erwirbt auch derjenige die Früchte einer Sache mit der Trennung, wenn er im Besitz der Muttersache ist, dem der Fruchtgenuß von einem Unberechtigten gestattet wurde. Der Nichtbesitzende erwirbt wie in § 956 BGB. die Früchte erst mit der Besitzergreifung. Der Gestattungsempfänger muß sich jedoch im guten Glauben an die Berechtigung des Gestattenden befinden. Im ersten Falle muß der gute Glaube nicht nur bei der Besitzergreifung, sondern auch zur Zeit der Trennung vorhanden sein, d. h. der Gestattungsempfänger darf nicht wissen, auch infolge grober Fahrlässigkeit nicht wissen, daß der Gestattende zu der Gestattung nicht berechtigt ist. Es ist bestritten, von wem als Unberechtigten der Gestattungsempfänger nach § 957 BGB. sein Recht zum Fruchterwerb ableiten kann. In der Literatur[35]) wird die Ansicht vertreten, scheinberechtigt im Sinne des § 957 BGB. seien nur die in den §§ 953—956 BGB. Aufgezählten, der Eigentümer, Nießbraucher usw., denen jedoch die Früchte ausnahmsweise infolge eines dinglichen Rechts zugunsten eines anderen nicht zufielen. Die Vertreter dieser Lehre berufen sich hierbei auf den engen Zusammenhang, in dem § 957 BGB. mit § 956 BGB. stehe. Daß der Inhalt des § 957 BGB. nicht dem § 956 BGB. an- oder eingefügt sei, beruhe lediglich auf einer redaktionellen Zufälligkeit oder sei geschehen, da

[34]) Gierke, SR. S. 592; Wolff § 77; Raape S. 189 ff. u. a.
[35]) S. Hellmann S. 419.

§ 956 BGB. sonst unübersichtlich und schwer verständlich geworden wäre. Dies Argument muß recht dürftig erscheinen bei einem Blick in das BGB., das unzählige Bestimmungen enthält, die weit komplizierter gefaßt sind, als § 956 BGB. durch An- oder Einfügung des Inhalts des § 957 BGB. geworden wäre. Wenn auch für die Auslegung einer Gesetzesnorm häufig der Zusammenhang mit dem Inhalt der benachbarten Normen von Bedeutung oder auch ausschlaggebend ist, so führt es doch zu weit, willkürlich in ein Gesetz den Inhalt eines anderen hineinzuinterpretieren. § 957 BGB. gibt nicht die geringste Veranlassung, daß er mit § 956 BGB. inhaltlich verschmolzen zu verstehen sei. Es heißt in § 957 BGB. nicht: „Die Vorschriften des § 956 finden entsprechende Anwendung . . .", sondern: „. . . finden auch . . .", was lediglich für den Fruchterwerb gilt. Nirgends sind besondere Erfordernisse für den Scheinberechtigten aufgestellt (vgl. § 932 BGB.), so daß kein Grund besteht, die Zahl der Nichtberechtigten hier zu beschränken[36]); § 957 BGB. enthält eine Ausgestaltung des Rechtsgedankens in § 932 BGB. Die von ihm vertretene Lehre durchbricht Harburger, indem er inkonsequent den Besitzdiener mit unter die Scheinberechtigten zählt. M. E. führt die Auslegung des § 957 BGB. allein zu einem sinngemäßen und praktischen Ergebnis, die die Zahl der Scheinberechtigten nur durch das Erfordernis der Gutgläubigkeit seitens des Gestattungsempfängers einschränkt. Es dürfte keinem Zweifel unterliegen, daß sich der gute Glaube auf das Fruchtrecht des Gestattenden, nicht etwa auf dessen Verfügungsmacht, erstrecken muß. Diese Tatsache führt zwangsläufig zur Erkenntnis der Umstände, die die Gutgläubigkeit des Gestattungsempfängers begründen. Daß hier der Besitzdiener von vornherein ausscheidet, liegt auf der Hand, denn ihm gehören die Früchte nach der Trennung nicht. Dagegen wird der Besitz[37]) der Muttersache stets seitens des Gestattenden den guten Glauben des Erwerbers begründen, denn dieser zeigt im allgemeinen die tatsächliche Rechtslage und es ist dem Erwerber nicht zuzumuten, daß er sich nach allen dinglichen Rechten (Pfandrechten usw.) erkundigt, die das Recht des meistens auch fruchtberechtigten Besitzers beschränken könnten. Die Billigkeit fordert, daß zur Begründung des Erwerbs des Gestattungsempfängers auf seiten des Gestattenden der Besitz der Muttersache auch verlangt werden muß. Wenn das Recht den gutgläubigen Erwerber schützt, so muß auch ein ausreichender Rechtsschein vorhanden sein. Es wäre unbillig, einen Fruchtberechtigten dadurch der Gefahr der Schädigung auszusetzen, daß jeder Beliebige ihn durch die Gestattung an einen dritten um das Eigentum an seinen Früchten bringen

---

36) So auch Seydel S. 37.

37) So auch RGR. Kommentar zu § 957; Gierke, SR. S. 592; Planck, SR. § 956; Dernburg, SR. S. 372; OLGE. Colmar (20 S. 167).

kann. Dagegen verlangt andrerseits der dem BGB. zugrunde liegende Vertrauensschutz, daß der Besitz an der Muttersache auf seiten des Gestattenden dem gutgläubigen Gestattungsempfänger das Eigentum an den Früchten verschafft. Der gute Glaube ist wie überall auch hier nur dann zu schützen, wenn er seine Grundlage in einem nach außen kenntlichen Merkmal findet. Das ist für das Fahrnisrecht der Besitz. So erledigt sich auch der vielerörterte Streit um das Beispiel Cosacks „Wenn ein Witzbold dem Touristen im Weinberg das Pflücken von Trauben gestattet". Der Tourist erwirbt die Früchte nicht, denn der Witzbold ist nicht Besitzer des Weinbergs. Anders wäre es, wenn dem Touristen der ihm bekannte Eigentümer oder Pächter eines Weinbergs das Pflücken von Trauben gestattet hätte; der Tourist würde in diesem Falle auch dann Eigentümer der Trauben, wenn der Eigentümer einen Nießbrauch an seinen Weinberg bestellt hätte, oder dem Pächter die Früchte gepfändet wären, wovon der Tourist nichts wußte.

Wenn, wie dargetan, in § 957 BGB. der Besitz der Muttersache beim Gestattenden unbedingt gefordert werden muß, so bleibt doch zu prüfen, ob dieser zum Fruchterwerb des gutgläubigen Gestattungsempfängers auch genügend ist. Dies wird im allgemeinen zu bejahen sein, da der Besitz zumeist die wahre Rechtslage kennzeichnet, und die Billigkeit erfordert, daß derjenige, der sein Recht vom Besitzer ableitet, in seinem guten Glauben geschützt wird. Jedoch ist der Besitz nicht immer als genügend anzusehen, denn auch der Besitzer kann verdächtig sein und dies die Gutgläubigkeit ausschließen. Wenn z. B. ein vollständig verschuldeter Landwirt seine Früchte auf dem Halm verkauft und dem Käufer den Besitz an den Äckern einräumt, wird der Käufer kein Eigentum an den Früchten erwerben, wenn er die Verschuldung des Verkäufers kannte. Obwohl der Verkäufer Besitzer war, wird der Käufer nicht gutgläubig sein, wenn die Früchte verpfändet waren, denn wenn er die Verschuldung des Landwirts kannte, so trifft ihn doch in dieser Richtung der Vorwurf der Kenntnis oder doch der groben Fahrlässigkeit.

§ 957 BGB. scheint die Möglichkeit zu bieten, gestohlene, verlorene oder abhanden gekommenen Sachen wirksam zu veräußern, indem die Aneignung der Bestandteile gestattet wird, bevor der gestohlene Gegenstand zerlegt wird, denn die Aneignung des Gutgläubigen würde diesem Eigentum verschaffen. Dies kann das Gesetz nicht bezwecken wollen. Es ist also § 957 in richtiger Auslegung dahin zu verstehen, daß der Unberechtigte nur die Aneignung von Erträgnissen, d. h. ordentlichen Früchten einer gestohlenen Sache, gestatten kann, richtiger, daß nur an diesen Früchten gutgläubig Eigentum erworben wird[38]).

[38]) So auch Hellmann i. R. § 417; Seydel S. 40; Jung § 59; Kohler S. 177. Dagegen Harburger § 484.

Es ist richtig, wenn Hellmann a. a. O. argumento a fortiori § 935 BGB. auf § 957 BGB. angewandt wissen will: was nicht einmal durch Übergabe erworben werden kann, könne noch weniger durch die Aneignungsgestattung erworben werden. Man muß jedoch hier den Unterschied machen zwischen Bestandteilen und ordentlichen Früchten. An Bestandteilen einer gestohlenen Sache kann in analoger Anwendung des § 935 BGB. durch die Aneignungsgestattung kein Eigentum erworben werden, da es sich um Teile der gestohlenen Sache handelt. Anders dagegen verhält es sich mit dem Eigentumserwerb an Früchten einer gestohlenen Sache bei der Aneignungsgestattung durch einen Unberechtigten. An diesen wird Eigentum erworben, denn die Trennung der Früchte mindert nicht die Substanz der gestohlenen, verlorenen oder sonst abhanden gekommenen Sache. Es können keine Bedenken bestehen, dem Gutgläubigen diese Früchte bei Erfüllung der Voraussetzungen zuzusprechen, denn auch dem Verarbeiter versagt man nicht das Eigentum an der aus gestohlenem Material hergestellten Sache. Die Tradition wie in § 935 BGB. mit § 929 BGB. liegt auch in § 957 BGB., in Verbindung mit § 956 BGB., wie ausgeführt, nicht vor. Auch durch die Aneignungsgestattung seitens eines Unberechtigten wird zugunsten des gutgläubigen Gestattungsempfängers ein Anfallsrecht begründet, sobald sich letzterer im Besitz der Muttersache befindet, und solange er gutgläubig ist (mala fides superveniens nocet).

VII. In allen den genannten Fällen gründet sich der Erwerb auf ein Anfallsrecht des Fruchterwerbs. Dies beruht zum Teil auf dem absoluten Recht, das an der Hauptsache besteht, teils auch auf dem bloßen Besitz derselben. Wenn auch das Gesetz aus Zweckmäßigkeitsgründen den deutschrechtlichen Satz: „Wer sät, der mäht" nicht konsequent durchgeführt hat, so beruht doch im letzten Fall der Fruchterwerb auf dem Gedanken des Schutzes der Arbeit[39]) des gutgläubigen Besitzers. Der Erwerb gleicht nicht nur äußerlich dem des Verarbeiters[40]). Der Fruchterwerb ist originärer Erwerb, Rechtsgrund ist der Besitz, eine mit Rechtsvorteilen verknüpfte Tatsache, der Muttersache, oder wie Kohler[41]) mit Recht ausführt: der Fruchterwerb des Eigentümers, des dinglich Berechtigten, des Besitzberechtigten ist ein Fruchterwerb kraft der Naturproduktion, er findet statt nicht kraft Rechtsgeschäfts, sondern kraft vorhandener rechtlicher Beziehungen. Das kraft dieser Beziehungen den genannten Fruchtziehungsberechtigten geschaffene Anwartschaftsrecht, das Anfallsrecht, ist dinglich. Dinglich ist auch das Anfallsrecht der obligatorisch berechtigten

[39]) So auch Jung S. 59.
[40]) Siehe von Blume S. 429 ff.
[41]) Kohler S. 204.

besitzenden Fruchtberechtigten. Der Einwand von Blumes[42]), daß das dingliche Recht des Pächters auf recht wackeligen Füßen stände, da es vom Besitz abhängig sei, scheint nicht gerechtfertigt, denn trotz des entzogenen Besitzes bleibt es gemäß § 940 BGB. in Wirksamkeit. Niemand leugnet die dingliche Natur des Eigentums, obwohl auch dieses bei Besitzverlust durch Ersitzung oder gutgläubigen Erwerb untergehen kann. Für die dingliche Natur des Anfallsrechts des nach § 956 BGB. Besitzenden spricht auch die Unwiderruflichkeit der Gestattung nach Überlassung des Besitzes. Diese Unwiderruflichkeit hat mit der bindenden Natur der Vertragsofferte gemäß § 145 BGB. nichts zu tun, denn der Erwerb der Früchte findet nicht durch einen Übereignungsvertrag statt. Hierfür spricht in erheblichem Maße auch die Stellung der Bestimmungen über den Fruchterwerb in der Systematik des BGB. Im 3. Buch, dritter Abschnitt, 3. Titel wird der Erwerb des Eigentums an beweglichen Sachen behandelt. Der Eigentumserwerb durch Übertragung ist ausschließlich behandelt in den §§ 926 bis 936 BGB. Nach der Regelung des Erwerbs durch Ersitzung in den §§ 937 bis 945 BGB. folgen die Bestimmungen über originären Erwerb durch Verarbeitung in den §§ 946 bis 952 BGB. Nach den Bestimmungen über den Fruchterwerb in den §§ 953 bis 957 BGB. folgt in § 958 BGB. wiederum der originäre Erwerb an herrenlosen Sachen durch Aneignung. Aus der Anordnung erhellt eindeutig, daß auch der Fruchterwerb als originärer Erwerb anzusehen ist, da sich diese Bestimmungen zwischen denen über die anderen originären Erwerbsarten befinden. Es ist eine fortgesetzte Reihe von originären Erwerbsarten, und nichts spricht dafür, daß die Bestimmungen über den Fruchterwerb oder einzelne derselben eine Ausnahme bilden sollten. Die vor allen Dingen für die §§ 956/57 BGB. vertretene Traditionstheorie ist aus den verschiedensten Gesichtspunkten, wie im einzelnen schon dargetan wurde, abzulehnen. Wie will man die Annahme der Übereignung fingieren, wenn ein Unberechtigter sich die Früchte aneignet, oder die Trennung durch ein Naturereignis erfolgt, wodurch nach dem Gesetz dem Berechtigten das Eigentum verschafft wird auch ohne sein Wissen und gegen seinen Willen? Wie will man die Rechtsgültigkeit dieser fingierten Übereignung begründen, wenn der Berechtigte, wie es das Gesetz bestimmt, bei überlassenem Besitz durch Aneignung oder Trennung erwirbt, auch wenn er zu dieser Zeit geschäftsunfähig ist? Also die Erfordernisse einer Übereignung fehlen. Diese Bedenken kann Planck auch dadurch nicht beseitigen, daß er die Annahme der Traditionsofferte in der Inbesitznahme der Muttersache sehen will, denn auch dieser Besitz kann durch einen Geschäftsunfähigen begründet werden. Wenn das Gesetz in § 956

---

[42]) von Blume S. 114.

BGB. eine Tradition fingieren wollte, so wäre § 957 BGB. überflüssig, denn für diesen Fall hülfe § 932 BGB.

Das Ergebnis dieser Betrachtungen über den Fruchterwerb im BGB. ist demnach, daß die Berechtigten, der Eigentümer, der auf Grund eines dinglichen Rechts Fruchtberechtigte, der gutgläubige Eigenbesitzer, sowie der obligatorisch Berechtigte, der sich gutgläubig im Besitz der Muttersache befindet, die Früchte auf Grund ihres dinglichen Anfallsrechts originär erwerben. Der Erwerb findet statt durch ein rechtlich erhebliches Ereignis, die Trennung der Frucht von der Muttersache, wodurch die Frucht, ohne daß sie nach ihrer Trennung einen Augenblick herrenlos wäre, in das Eigentum des Anwärters, des Anfallsberechtigten fällt. Alle Fiktionen von Rechtsvorgängen beim Fruchterwerb erübrigen sich, wenn man das Anfallsrecht als rechtliche Ursache des Fruchterwerbs erkennt.

---

§ 2. Das Jagdrecht.

I. Während in Rom das Wild dem freien Tierfang unterlag, hat sich in Deutschland schon früh ein Jagdrecht, d. i. das ausschließliche Aneignungsrecht an jagdbaren Tieren gebildet. Auf Privatgrundstücken stand dies Recht ursprünglich dem Grundeigentümer zu, auf der Almende den Gemeindegenossen. Seit dem 9. Jahrhundert bilden sich die „Bannforsten", d. h. die Könige nahmen das Jagdrecht in den Gemeindewäldern, wie auch in denen der privaten Grundbesitzer für sich in Anspruch und verboten hierin unter Androhung des Königsbannes das Jagen. Das Jagdrecht wurde von den Königen ausgeübt oder einzelnen weltlichen oder geistlichen Herren zur Ausübung verliehen. Seit dem Ende des Mittelalters verloren die bäuerlichen Grundbesitzer und Gemeinden fast überall das Jagdrecht, dessen Träger die Landesherren, der landsässige Adel und die Stadtpatrizier wurden. Vom 16. Jahrhundert ab wurden die Patrizier und der Landadel von der Jagdberechtigung fast gänzlich ausgeschlossen oder auf die Jagd des niederen Wildes beschränkt. Das Jagdrecht wurde ein Regal der Landesherren. Für den Bauernstand war hierdurch ein sehr mißlicher Zustand gegeben, denn bei der Ausübung der Jagd nahmen die Berechtigten keine Rücksicht auf die bestellten Felder der Bauern und zerstörten die Saat und die Frucht und erschwerten damit oft die schon ohnehin sehr harten Lebensbedingungen der kleinen Bauern. Andererseits hatten die jagdberechtigten Landesherren Interesse an dem Vorhandensein eines reichlichen Wildbestandes. Den Bauern fehlte jede Möglichkeit, ihre Früchte vor der Vertilgung durch das Wild zu schützen, das der Jagdberechtigte in seinem Interesse schonte. So bildete die Beseitigung dieses Jagdregals, das Jagdrecht auf fremdem Grund und Boden, ein Hauptpostulat der Demokratie und wurde nach der Revolution 1848 in Preußen durch das Jagdgesetz vom 31. Oktober 1848 und durch das preußische Jagdpolizeigesetz von 1850 verwirklicht, das die fernere dingliche Trennung des Jagdrechts vom Grundeigentum verbot[43]). An diesem Grundsatz hält auch die preußische Jagdordnung vom 15. Juli 1907 fest, die gegenwärtig das Jagdrecht in Preußen regelt.

II. A. Zur Feststellung der rechtlichen Natur des Jagdrechts, d. h. zum Verständnis des rechtlichen Vorgangs beim Erwerb der jagdbaren Tiere

[43]) Vgl. Wolff § 80.

durch den Jagdausübungsberechtigten, sind die Bestimmungen des BGB. heranzuziehen, denn die Jagdordnung von 1907 enthält lediglich die Umgrenzungen der Jagdberechtigung, jagdpolizeiliche Vorschriften über die Art und den Umfang der Jagdausübung.

§ 960 BGB. bestimmt: „Wilde Tiere sind herrenlos, solange sie sich in der Freiheit befinden." Tiere sind wild, solange sie sich in der natürlichen Freiheit bewegen, ohne der menschlichen Gewalt unterworfen zu sein[44]. Diese Bestimmung findet auf die jagdbaren Tiere Anwendung, denn diese sind, solange sie sich in Freiheit bewegen, herrenlos. Eine Ausnahme besteht bezüglich der wilden Tiere, die sich in Tiergärten befinden, d. h. auf solchen Grundstücken, die es dem Berechtigten durch ihre ganze Beschaffenheit, insbesondere durch die Art ihrer Einzäunung, ihre nicht allzu bedeutende Größe, die Zahl und Überwachung der Öffnungen jederzeit ermöglichen, die tatsächliche Gewalt über die Tiere auszuüben[45]. Die Tiere, die sich auf solchen Grundstücken befinden, stehen im Eigentum des Grundeigentümers.

Das Jagdrecht enthält das ausschließliche Recht, innerhalb eines bestimmten Bezirks die jagdbaren (d. h. die durch Gesetz für jagdbar erklärten) Tiere durch Aneignung zu erwerben[46], sowie das Recht des dieser Betätigung mittelbar dienenden Hegens des Wildbestandes. Die Aneignung vollzieht sich gemäß § 958 I BGB., der bestimmt, daß derjenige, der eine herrenlose Sache in Eigenbesitz nimmt, an dieser Sache das Eigentum erwirbt. Die Begründung des Eigenbesitzes erfolgt, wie die Inbesitznahme überhaupt, durch Erlangung der tatsächlichen Herrschaft gemäß § 854 I BGB. Ob es sich um einen Eigenbesitz handelt, richtet sich nach den Umständen beim Erwerb. Lassen diese nicht erkennen, daß es sich um einen Fremdbesitz handelt, so ist der Eigenbesitz zu vermuten[47]. Das Gesetz läßt demnach keinen Zweifel, daß der Jagdberechtigte durch Begründung des Eigenbesitzes Eigentum an dem seinem Jagdrecht unterliegenden Wild erwirbt. Er ist jagdberechtigt, so daß er ein fremdes Aneignungsrecht durch seine Inbesitznahme nicht verletzt, und auch nicht gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, also sein Erwerb nicht nach § 958 II BGB. ausgeschlossen wird, wonach Eigentum nicht erworben wird, wenn durch die Inbesitznahme ein fremdes Aneignungsrecht verletzt wird. Es handelt sich hier um eine originäre Erwerbsart, die Okkupation einer herrenlosen Sache gemäß § 958 BGB.

---

[44]) Staudinger zu § 960.

[45]) Biermann zu § 960.

[46]) Enneccerus, Allg. Teil 1928, § 72 Anm. 4.

[47]) Kretzschmar zu § 872.

Was geschieht mit dem Wild, das ein Unberechtigter in Eigenbesitz nimmt? Ist das Jagdrecht wie das Fruchtrecht ein dingliches Anfallsrecht?

Wenn ein Unberechtigter Wild okkupiert, verstößt er auf fremdem Jagdrevier gegen das Aneignungsrecht eines anderen und erwirbt gemäß § 958 II BGB. kein Eigentum, denn diese Vorschrift findet gemäß Art. 69 EG. BGB. auch für das Jagdrecht Anwendung. Es läßt nun § 958 II BGB. in Verbindung mit Art. 69 EG. BGB. keinen Zweifel darüber, daß der widerrechtlich Aneignende für sich kein Eigentum erwirbt, worüber in der Wissenschaft auch Einigkeit herrscht. Aber das Gesetz läßt die Frage unbeantwortet, ob nicht durch Eigenbesitznahme seitens des Unberechtigten unmittelbar das Eigentum für den Berechtigten begründet wird. Dies verneint die h. M. (Staudinger[48]), Planck[49]), Biermann[50]), Hedemann[51]), Goldmann - Lilienthal[52]), Ebner[53]), RGSt.[54]), Warneyer[55]), RG.[56]), RGR. Komm.[57]) u. a.). Sie beruft sich zur Begründung ihrer Ansicht auf die Protokolle[58]) der 2. Kommission, in deren Beratungen die Vertreter der Meinung, die dem Berechtigten das Eigentum unmittelbar durch den Unberechtigten verschaffen wollten, nicht durchdrangen[59]). Bei der Beratung des Art. 69 EG. wurde die Frage nochmals aufgeworfen, bezüglich der Eigentumsfrage am Wilderergut, eine Einigung hingegen nicht erzielt[60]).

Unstreitig kann das Landesrecht gemäß Art. 69 EG. BGB. dem Wilderer das Eigentum an seiner Beute nicht zusprechen. Doch es erhebt sich die Frage, ob landesrechtlich, da das BGB. schweigt, die Aneignung durch einen Unberechtigten dem Berechtigten das Eigentum verschaffen kann. Planck a. a. O. meint, daß der Wortlaut des § 958 II BGB. durch die Aneignung eines Unberechtigten jede Eigentumsbegründung ausschließe und auch das Landesrecht in dieser Hinsicht binde. Dem stimmt auch Staudinger a. a. O. zu, indem er die Einschränkung in

---

48) Staudinger zu § 958 u. zu Art. 69 EG.

49) Zu § 958, 3b; zu Art. 69, 4.

50) Zu § 958.

51) § 15 Id.

52) § 23.

53) In Gruchot Bd. 57 S. 364 ff.; in Goltd. S. 54, S. 257 ff.

54) Bd. 9 S. 431; Bd. 15 S. 268; Bd. 23 S. 89.

55) Zu § 958.

56) Im „Recht" 1902 S. 157.

57) Zu § 958. Dagegen Leonhard, Vertretg. S. 114; Dalcke-Delius a. a. O.; Bitting S. 40 ff.; Enneccerus I 1931 § 72 I B; Wolff III § 79, II; Gierke a. a. O.

58) RG. im „Recht" 1902 S. 157; RGR. Komm. zu § 958; Gierke, SR. S. 529 ff.; Planck zu Art. 69,4.

59) Prot. der 2. Kommission 378 ff., zit. bei Gierke S. 530.

60) Dalcke-Delius § 2.

Art. 69 EG. BGB. (unbeschadet . . .) mit Rücksicht auf eine einheitliche Regelung bezüglich der Wildererbeute für das ganze Reich geschaffen sieht. Dem kann m. E. nicht zugestimmt werden. Gerade der Wortlaut des § 958 II BGB., der logisch und grammatisch im Zusammenhang mit Abs. I steht, schließt m. E. den Eigentumserwerb lediglich seitens des Unberechtigten aus, nicht dagegen wird durch diese Bestimmung ausgeschlossen, daß durch die Aneignung eines Unberechtigten unmittelbar der Berechtigte erwirbt. Das Jagdrecht ist dem Landesrecht vorbehalten, wenn dies im Rahmen des Reichsrechts die Eigentumsverhältnisse an der Wildererbeute feststellt, so ist dem nichts entgegenzusetzen[61]). Mit Recht hält Gierke a. a. O. eine solche Regelung im Landesrecht für wünschenswert, wie sie im Lübecker Jagdgesetz vom 28. Februar 1900 §§ 36, 37 erfolgte. Einer solchen Regelung entbehrt jedoch die preußische JO. vom 15. Juli 1907. Es würde demnach die Jagdbeute, die ein Unberechtigter in Besitz nimmt, herrenlos verbleiben. Der Berechtigte hat gegen den Wilderer einen Anspruch aus § 812 BGB. wegen ungerechtfertigter Bereicherung. Dieser ist durch seine Handlung unmittelbar auf Kosten des Berechtigten bereichert. Seine Handlung hat die Vermögenslage des Berechtigten ungünstig beeinflußt, wenn auch das Wild noch nicht dem Vermögen des Berechtigten angehörte, als es vom Unberechtigten erlegt wurde. Auch eine Anwartschaft bildet einen ökonomischen Wert, wenn sie auch keine einen unmittelbaren Vermögenswert darstellende Sache oder Recht ist. Auch das, was von dem Geschädigten ohne den die Vermögensverschiebung bewirkenden Umstand erworben wäre[62]), ist auf Kosten des Geschädigten erlangt worden. Ohne den Jagdfrevel des Wilddiebs bestand für den Berechtigten eine große Wahrscheinlichkeit, das Wild erlegen zu können. Die Möglichkeit ist ihm durch den Wilderer genommen worden. Der notwendige Zusammenhang zwischen der Schädigung des Berechtigten und der Verbesserung der Lage des Wilderers ist demnach vorhanden. „In sonstiger Weise" heißt, durch eine Rechts- oder sonstige Handlung. „Etwas" i. S. dieser Bestimmung bedeutet die Verbesserung der Vermögensstellung des Bereicherten. Da der Wilderer durch seine Handlung an der Beute kein Eigentum erlangte, sondern lediglich den Besitz, fragt es sich, ob dieser das „etwas" i. S. des § 812 BGB. ist, so daß der Berechtigte diesen mit der Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung heraus verlangen kann. Dies ist jedoch unbestritten. Denn sicher stellt der Besitz eine ökonomisch wichtige Position dar[63]). Die Erfordernisse des § 812 sind demnach erfüllt.

[61]) So auch Biermann zu § 958, d; Rümelin § 12; Warneyer § 958; Dalcke-Delius § 2.

[62]) Enneccerus I 2, 1927, § 441 S. 631.

[63]) Staudinger zu § 812; zustimmend Hedemann Sachenrecht zu § 16,2 d; Goldm.-Lilienth. I S. 863/64.

Der Berechtigte hat gegen den Wilderer auch einen Anspruch aus § 823 I BGB. Nach § 823 I BGB. ist derjenige, der ein „sonstiges Recht" eines andern widerrechtlich und schuldhaft verletzt, diesem zum Ersatz des Schadens verpflichtet. Zweifellos handelt der Wilderer widerrechtlich und schuldhaft. Es ist jedoch zu prüfen, ob das Jagdrecht ein „sonstiges Recht" i. S. dieser Bestimmung ist. Aus der Zusammenstellung der Interessen im § 823 I BGB. ergibt sich, daß hierunter nur allwirksame Rechte zu verstehen sind. Nach der hier vertretenen Meinung, die das Jagdrecht als ein dingliches Recht ansieht, besteht hierüber kein Zweifel. Jedoch auch nach der h. M. ist das Jagdrecht als ein Recht i. S. des § 823 I BGB. aufzufassen, denn da es nach dem Gesetz (§ 958 II BGB., § 292 StGB.) von jedermann zu respektieren ist, ist es ein absolutes Recht und genießt als solches den Schutz des § 823 I[64]). Auch die Erfordernisse des § 823 II sind bei Verletzung des Jagdrechts gegeben, denn der Wilddieb verstößt durch seine Handlung gegen ein den Schutz eines andern bezweckendes Gebot (§ 292 StGB.). Wenn man der h. M. folgt, d. h. ein Fortbestehen der Herrenlosigkeit des Wildes bei der Inbesitznahme durch einen Unberechtigten annimmt, so ergibt sich nach der h. M. neben den Ansprüchen aus § 812 BGB. und aus § 823 I und II BGB. für den Berechtigten gegen den Verletzer seines Rechts, wie auch gegen den unredlich das gewilderte Tier Besitzenden ein Anspruch auf Duldung der Aneignung; denn das widerrechtlich in Besitz genommene Wild unterliegt nach der h. M. weiter dem Jagdrecht, d. i. dem Aneignungsrecht des Berechtigten. Der Wilderer erwirbt kein Eigentum gemäß § 958 II, und derjenige, der das Wild von diesem erlangt, kann gemäß § 932 kein Eigentum erwerben, wenn ihm der gute Glaube beim Erwerbe fehlt. § 935 BGB. schließt den Eigentumserwerb eines Gutgläubigen nicht aus, da das Wild nicht gestohlen, verloren oder abhanden gekommen war, denn es befand sich nicht im Besitz. Es fragt sich jedoch, ob dem Berechtigten, in dessen Revier das Wild erlegt wurde, der Aneignungsanspruch noch zusteht, wenn das Wild in ein Revier gelangt, in dem der Kläger nicht jagdberechtigt ist, also kein Aneignungsrecht hat. Es ist unter den Vertretern der herrschenden Lehre streitig, ob bei Verschleppung eines Wildes der Anspruch auf Duldung der Aneignung demjenigen zusteht, in dessen Revier es ergriffen wurde, oder ob mit dem Verbringen in ein anderes Gebiet das Stück dem Aneignungsrecht des in diesem Berechtigten unterfällt[65]). Für die letzte Meinung wird als Begründung angeführt, daß man keinen Unterschied machen dürfe, ob das Wild auf natürliche Weise in das fremde Revier gelange, ob es durch spielende Kinder oder Pürschen hinübergetrieben würde, oder

[64]) Zustimmend Wolff III § 79 II 2; Dickel, Hegerecht S. 374; Winkler S. 36 ff. 64.

[65]) Für letzteres Dernburg, SR. § 13 VIII; 1. Straffenat Entsch. v. 21. 1. 07, zit. bei Ebner-Gruchots Beiträgen 55 S. 550; Schmidt-Pasing S. 357 ff.

ob es schließlich durch den Wilderer selbst verschleppt wird. Diese Meinung ist m. E. abzulehnen.

Es ist höchst unbillig, durch die willkürliche Handlung eines Wilderers, der die Beute aus dem Revier dessen, den er schädigte, verschleppt, einen anderen zu bevorteilen und die Schädigung des Verletzten noch zu vergrößern. Weitere Bedenken gegen diese Ansicht bestehen darin, daß der Wilddieb, der seine Beute durch mehrere Gebiete verschleppt, sich gegen die Jagdberechtigten aller dieser Bezirke schadensersatzpflichtig machen würde. Wenn nämlich der Jagdberechtigte, in dessen Revier ein gewildertes Wildpret gelangte, ein Aneignungsrecht daran hätte, so würde der Wilderer das Jagdrecht aller derer verletzen, durch deren Gebiet er seine Beute verschleppt. Die Aneignung eines durch einen Wilderer in das Revier eines Jagdberechtigten verschleppten Wildes durch diesen verstößt m. E. auch gegen die guten Sitten und ist nach § 138 BGB. nichtig. Kein weidgerechter Jäger wird ein von einem Wilderer in seinem Revier verborgenes Wild, das in einem fremden Revier erlegt wurde, für sich in Anspruch nehmen, wenn er die Sachlage kennt. Zwar ist es eine Streitfrage, ob die Okkupation ein Rechtsgeschäft ist. M. E. ist dies mit der h. M.[66]) zu bejahen. Wenn die Okkupation kein Rechtsgeschäft wäre, so könnten Geschäftsunfähige durch Okkupation nach vorausgegangener Eigentumsaufgabe Übereignungsofferten (Schenkungen) annehmen, die das Gesetz sonst verbietet. Wenn also die herrschende Lehre einen Anspruch auf Duldung der Aneignung gegen den Wilderer und den unredlich das gewilderte Tier Besitzenden geben will, so darf sie diesen Anspruch nur dem Jagdberechtigten zusprechen, in dessen Revier das Wild ergriffen wurde. Dieser Anspruch auf Duldung der Aneignung, zu dem die h. M. vom Standpunkt ihrer Lehre aus gelangt, trägt m. E. den Erfordernissen der Praxis keine Rechnung. Abgesehen davon, daß man bei Anerkennung dieses Anspruchs dem Geschädigten auch das Recht der Selbsthilfe des § 229 BGB. geben müßte, was oft zu unbilligen Folgerungen führen dürfte, ist auch die Verwirklichung eines auf Duldung der Aneignung gerichteten Titels in der Zwangsvollstreckung schwer denkbar.

II B. Wenn die h. M. sich z. T. auf den Wortlaut des § 958 BGB. beruft, so ist dem zu entgegnen, daß dieser auch den umgekehrten Schluß zuläßt. Wenn Absatz II den Erfolg ausschließt, wenn die Aneignung widerrechtlich erfolgt, so ist m. E. hieraus sehr wohl der Schluß möglich, daß der Erfolg nur zugunsten des Okkupierenden ausgeschlossen wird. Daß dieser Umkehrschluß ebenso dem Wortlaut des Gesetzes entspricht wie die Auslegung der h. M., beweisen die Meinungsverschiedenheiten bei

[66]) Dafür RGR. Komm. zu § 958 BGB.; Crome III § 410; Staudinger zu § 872, 5 b und a. Dagegen Warneyer zu § 958; Planck III zu § 958 BGB.

den Beratungen der 2. Kommission. Hätte der Gesetzgeber eine der h. M. entsprechende Auslegung gewollt, so hätte er dies daraufhin durch eine dementsprechende Fassung des Gesetzes zweifellos zum Ausdruck gebracht. So ist die Frage im BGB. offengeblieben und die Entscheidung dem Landesrecht überwiesen; wo das Landesrecht diese Frage im Gesetz offenläßt, ist durch Auslegung der Gesetze ein den praktischen Bedürfnissen entsprechendes Ergebnis zu suchen. Die hannoversche Jagdordnung läßt über diese Entscheidung keinen Zweifel, denn dort heißt es in § 24, daß das Wild dem „gehört", in dessen Revier es ergriffen wird. Der Gedanke eines Erwerbs durch einen Unberechtigten unmittelbar für den Berechtigten findet sich in Preußen auch für das Bernsteinregal, denn gemäß ALR. I, 9 §§ 19 bis 22, §§ 43 bis 72 wird der das Bernsteinregal Verletzende als Finder behandelt, d. h. seine Inbesitznahme begründet das Eigentum für den Staat.

Wenn die preußische Jagdordnung vom 15. Juli 1907 in dem § 4 II, §§ 61, 66, 67 dem Berechtigten einen unmittelbaren Anspruch gegen denjenigen gibt, der mit polizeilicher Erlaubnis zur Verhütung des Wildschadens usw. jagdbare Tiere erlegt hat, so geht aus diesen Bestimmungen nicht hervor, daß das Eigentum dem Berechtigten bereits durch die Erlegung zufällt. Nach der JO. ist das Jagdrecht nicht als dingliches Anfallsrecht erkennbar. Da jedoch der Eigentumserwerb am Wild sich nicht nach der JO., sondern nach dem BGB. regelt, ist zu prüfen, ob es sich hiernach als dingliches Anfallsrecht darstellt.

Die gemeinrechtliche Lehre von Schütze[67]), die in dem Unberechtigten einen unfreiwilligen Vertreter des Berechtigten sieht, der diesem durch die Aneignung unmittelbar das Eigentum verschafft, hat auch für das BGB. noch Anhänger gefunden[68]). Diese Lehre vertritt u. a. auch von Brünneck[69]). Er wendet für den Jagdeigentümer § 984 BGB. analog an, dem Jagdeigentümer falle, wie beim Fund dem Eigentümer der Hauptsache durch den Schatzfinder als Vertreter das Eigentum unmittelbar zufalle, wenn ein Unberechtigter Besitz an einem jagdbaren Tiere ergreife, das Eigentum an. Der jagdberechtigte Pächter habe dann einen Anspruch gegen den Eigentümer auf Abtretung des Herausgabeanspruchs aus § 985 BGB. Diese Analogie dürfte unzutreffend sein, denn § 984 BGB. stellt eine Spezialregel dar und, als diese ausdrücklich festgestellt, läßt sie sich für das Jagdrecht nicht anwenden. Die unfreiwillige Stellvertretung ist dem BGB. nicht bekannt. Die Prüfung, ob bei der Okkupation die Vertretung zulässig ist, würde für diese Untersuchung abwegig sein, denn

[67]) Zit. bei Dickel, „Forstzivilrecht" S. 1061.

[68]) So Eck, zit. bei Winkler a. a. O.

[69]) Im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 48 S. 97 ff.; Grochot Bd. 57 S. 365 ff.

nach der hier vertretenen Meinung ist eine Vertretung bei der Okkupation des Wildes unnötig, weil der Jagdberechtigte das Eigentum am Wild nicht durch den Vertreter erwirbt, sondern kraft seines dinglichen Anfallsrechts. Die klare Regelung der Vertretungslehre im BGB. läßt jedenfalls eine unfreiwillige Vertretung nicht zu, so daß diese auch für das Jagdrecht unzulässig ist[70]. § 687 II BGB. („Wenn jemand ein fremdes Geschäft als sein eigenes behandelt, obwohl er weiß, daß er nicht dazu berechtigt ist, so kann der Geschäftsherr die Ansprüche aus der Geschäftsführung ohne Auftrag geltend machen") führt nicht zu dem gewünschten Ergebnis, denn hierdurch bekommt der Berechtigte nur einen Schuldanspruch gegen den Störer.

Vielmehr ist zu prüfen, ob das Jagdrecht nicht ein Anfallsrecht ist, wie wir es in § 1 als Recht des Fruchtziehers der §§ 953 bis 957 BGB. kennenlernten. Man hat es als ein solches zu erkennen versucht, indem man die Jagdbeute als Frucht des Grund und Bodens behandelte und § 954 BGB. anwandte. Dickel[71]) führt aus: Die Ansicht Gierkes und Wolffs, die das Jagdrecht als ein selbständiges Recht auffassen, das dem jeweiligen Grundeigentümer zusteht, sei nicht zutreffend. Es wäre demnach das Jagdrecht ein subjektiv dingliches Recht, ein Realrecht und gemäß § 96 BGB. wesentlicher Bestandteil des Grund und Bodens. Die Jagdbeute sei dann Ertrag eines Rechts gemäß § 99 II BGB. und, da dies Recht wesentlicher Bestandteil des Grund und Bodens sei, so auch das Wild Frucht des Grund und Bodens. Dickel steht auf dem Standpunkt, daß das Jagdrecht nicht als Realrecht aufzufassen sei, denn dann müßte es auf Antrag gemäß § 8 GBO. in das Grundbuch eingetragen werden. Dies sei offenbar nicht der Wille des Gesetzgebers. Dies Gegenargument ist m. E. nicht durchschlagend, denn ins Grundbuch werden nur außergewöhnliche Rechte eingetragen, nicht solche, die kraft Gesetzes bestehen. Dickel führt weiter aus, daß das Jagdrecht nicht Bestandteil des Grund und Bodens, vielmehr ein Teil des Eigentums, ein Ausfluß desselben sei. Er wendet § 99 I BGB. („Früchte einer Sache sind die Erzeugnisse einer Sache und die sonstige Ausbeute, welche aus der Sache ihrer Bestimmung gemäß gewonnen wird") und § 100 BGB. („Nutzungen sind die Früchte einer Sache oder eines Rechts sowie die Vorteile, welche der Gebrauch der Sache oder des Rechtes gewährt") auf das Jagdrecht an. Wenn auch der Erwerb an jagdbaren Tieren sich nach § 958 BGB. richte, so seien doch, da die Jagdbeute als Frucht des Grund und Bodens erscheine, wie die Agrar- und anderen Früchte, die §§ 953 ff. BGB. anzuwenden.

---

[70]) So auch Staudinger zu § 958; Planck zu § 958; Biermann zu § 958; Ebner in Gruchots Beitr. 57 S. 364 ff.; RG. im „Recht" 1902 S. 157 ff.

[71]) Forstzivilrecht S. 1051, 685, 133 und 1061.

Zu demselben Ergebnis kommt Jaehner in seiner Dissertation, indem er aus der Geschichte nachweist, daß die Jagd stets als eine hervorragende Bodennutzung gegolten habe. Auch heute noch sei die Jagdbeute in Deutschland ein ebenso bedeutsamer Ertrag des Grund und Bodens wie die Agrarprodukte. Es sei nicht einzusehen, warum die Rechtsordnung den Ertrag der Jagd als Frucht des Grund und Bodens weniger schützen sollte, als andere Erzeugnisse desselben. Die h. M. käme zu jenem unbilligen Ergebnis, weil sie von der Aneignung ausginge anstatt von dem Grundeigentum.

Vielleicht ist es verfehlt, heute noch die Jagdausübung als einen bestimmungsgemäßen Gebrauch der Grundstücke anzusehen, mögen auch manche Gebiete, im Hochgebirge usw., noch vorwiegend jagdliche Bedeutung haben. Wenn auch im allgemeinen in Deutschland Grundstücke, auf denen sich jagdbares Wild befindet, landwirtschaftlichen und forstwirtschaftlichen Zwecken dienen[72]), so kann mit Jaehner doch nicht geleugnet werden, daß sich auch das Wild als Frucht des Grund und Bodens darstellt. Mit Recht weist jedoch Winkler a. a. O. darauf hin, daß, wenn der Gesetzgeber die Jagdbeute als Frucht des Grund und Bodens angesehen haben wollte und die Bestimmungen über den Fruchterwerb anzuwenden seien, er dies in den Normen, die den Fruchterwerb regeln, zum Ausdruck gebracht hätte, und nicht eine besondere Regelung in §§ 958, 960 BGB. getroffen worden sei.

Der Lehre ist der Vorzug zu geben, die die Jagdbeute als Frucht des Jagdrechtes ansieht[73]). Gemäß § 99 II BGB. sind als Früchte eines Rechtes die Erträge anzusehen, die das Recht seiner Bestimmung gemäß gewährt, so daß auch die Jagdbeute als Frucht des Jagdrechts anzusehen ist. Für den Fruchterwerb sind die §§ 953 ff. BGB. maßgebend, in denen die Tendenz des Gesetzgebers unzweideutig zum Ausdruck kommt, dem Berechtigten das Eigentum an den Früchten mit der Trennung zu verschaffen.

Daß diese Bestimmungen auch für die Früchte eines Rechtes zur Anwendung kommen, erhellt aus § 956 BGB., denn alle, die hier erwähnt sind, sind nur fruchtberechtigt auf Grund ihres Rechts im Sinne des § 99 II[74]). Gegen die analoge Anwendung der Bestimmungen über das Fruchtrecht, das wir als Anfallsrecht bezeichnen, auf das Jagdrecht können keinerlei Bedenken bestehen; denn da das Landesrecht, dem dies Institut überwiesen wurde, den zivilrechtlichen Vorgang beim Erwerb der Jagdbeute nicht regelt, sind hierfür die Bestimmungen des BGB. maß-

[72]) So auch Frommhold S. 198 ff.

[73]) So Leonhard, Vertretung S. 114; Dalcke-Delius a. a. O.; Bitting S. 40 ff. u. a.

[74]) So auch Bitting S. 47.

gebend. Es handelt sich um ein herrenloses Objekt; wer zur Aneignung berechtigt oder unberechtigt ist, bestimmt § 958 BGB. für die herrenlosen Sachen. Da diese Bestimmung jedoch, wie wir sahen, nicht allen praktischen Fällen Rechnung trägt, so sind andere Bestimmungen des BGB. ergänzend heranzuziehen, wenn man nicht zu jenem unhaltbaren Ergebnis der h. M. kommen will. Es handelt sich um einen Fruchterwerb, und für diesen kommen nur die einschlägigen Bestimmungen in den §§ 953 ff. BGB. in Frage. Zu dem gleichen Ergebnis kommt auch Frommhold[75]), doch sieht er m. E. mit Unrecht in der Jagdbeute eine Frucht im Sinne des § 99 III BGB. In dieser Bestimmung handelt es sich um Erträge, die eine Sache oder ein Recht auf Grund eines Rechtsverhältnisses gewährt. Die Jagdbeute dürfte nicht hierunter fallen; Frucht auf Grund eines Rechtsverhältnisses des Jagdrechts wäre das Pachtgeld bei einer Verpachtung der Jagd.

Das Ergebnis bleibt, daß die Jagdbeute als Frucht des Jagdrechts mit der Besitzergreifung = Trennung im Sinne der §§ 953 ff. BGB. in das Eigentum des Berechtigten fällt, mag diese auch durch einen Unberechtigten geschehen; denn in diesem Augenblick erscheint sie als Frucht des Jagdrechts. Die Kenntnis von der Besitzergreifung durch einen Dritten ist hierbei nicht erforderlich, denn diese setzen auch die §§ 954 ff. BGB. nicht voraus. Das Jagdrecht ist demnach nicht nur ein dingliches Aneignungsrecht, sondern ein Anfallsrecht im Sinne dieser Betrachtung. Dem Jagdberechtigten fällt das Eigentum am Wilde an, sobald dies in Besitz genommen wird[76]). Nur somit ist in jeder Weise den praktischen Bedürfnissen genügt.

Mit Recht weist Jaehner[77]) darauf hin, daß die Lehre der h. M. von dem Fortbestehen der Herrenlosigkeit des unberechtigt okkupierten Wildes unhaltbar wird, sobald das Wild in den Verkehr gelangt. Denn es entspricht in keiner Weise den Bedürfnissen der Praxis, daß sich Sachen im Rechtsverkehr befinden sollen, die keinen Eigentümer haben; dies ist mit unserer Rechtsordnung unvereinbar. Die Lehre der h. M. führt zu unhaltbaren Folgerungen: das unrechtmäßig okkupierte Wild würde dauernd herrenlos bleiben, wenn es nicht vom Berechtigten in Besitz genommen oder gutgläubig erworben wird, denn den Schutz des § 935 BGB. genießt der Jagdberechtigte nicht, da das unberechtigt in Besitz genommene Wild ihm nicht „gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden

[75]) Frommhold S. 47 ff.

[76]) Im Ergebnis übereinstimmend Leonhard, Vertretung S. 114; Dalcke-Delius a. a. O.; Bitting S. 40 ff.; Enneccerus I 1931 § 72 I B; Wolff III § 79, II; Gierke a. a. O.; Dickel, Forstzivilrecht S. 1051, der jedoch die Beute als Frucht des Grundstücks ansieht.

[77]) Jaehner S. 6.

gekommen war", denn er hatte keinen Besitz. Alte Jagdtrophäen z. B. wären im Besitz eines Unredlichen stets herrenlos, da auch die Ersitzung gemäß §§ 939, 941 ein Eigentum voraussetzt. Die Sachbeschädigung oder der Diebstahl an dem Geweih eines gewilderten Hirsches würde, wenn sich dieses in einer Großstadtwohnung befindet, nach der Lehre der h. M. straflos sein, oder sollte man diesen Diebstahl und diese Sachbeschädigung als Jagdfrevel bestrafen?

Die h. M. führt zur Begründung ihrer Lehre strafrechtliche Gesichtspunkte an. So wird gesagt, daß bei einer unmittelbaren Eigentumsbegründung für den Berechtigten durch den Wilderer die Entwendung dessen Beute strafrechtlich als Diebstahl zu bewerten wäre, denn wer dem Wilderer seine Beute in Aneignungsabsicht wegnimmt, würde gegen § 242 StGB. verstoßen, weil es sich um eine fremde Sache handelte: Diese Folgerung verstoße aber gegen die Volksanschauung[78]). Diese Ansicht scheint mir wenig zutreffend, besonders wenn man diesen Gesichtspunkt ausdehnt: Die Entwendung eines Stück Wildes aus dem Keller des Wilddiebes wird allgemein sicher eher als Diebstahl als als Jagdfrevel angesehen werden. Wenn man einen Diebstahl deswegen ablehnen will, weil es sich um einen unredlichen Besitzer handelt, so wären diese Bedenken ebenso berechtigt bei der Entwendung einer Diebesbeute, die sicher als Diebstahl zu ahnden ist. Weiter wird eingewendet, daß der Wilddieb neben dem Tatbestand des Jagdfrevels nach §§ 292 ff. StGB. den der Unterschlagung erfüllen würde, indem er sich eine durch seine Besitzergreifung ins Eigentum gefallene Sache aneignete[79]). Aber ebenso wie beim Diebstahl die Aneignung (Verbrauch, Verzehren) des Erlangten als Verwertungsdelikt straflos ist, so auch die Aneignung der Wildererbeute durch den Wilderer. Strafrechtliche Gesichtspunkte sind es m. E. gerade, die zur Ablehnung der Lehre vom Fortbestehen der Herrenlosigkeit der Wildererbeute führen müssen, denn die Entwendung eines Wildbrets aus dem Keller des Unredlichen oder einer alten Jagdtrophäe als Jagdfrevel zu bestrafen, verstößt gegen jedes Rechtsgefühl.

Gegen die Auffassung des Jagdrechts als dingliches Recht führt Ebner[80]) an, daß ein dingliches Recht am Wildstand nicht möglich sei, da dingliche Rechte nur an Sachen bestehen können, die in irgend jemandes Eigentum stehen. Dies trifft nicht zu: das Recht des Eigentümers der Hauptsache, die einen Schatz birgt und das des Entdeckers an dem Schatz, sind nach § 984 BGB. unbestritten dingliche Rechte, die an einer nicht im Eigentum befindlichen Sache bestehen. Auch das Bern-

[78]) Dickel, Forstzivilrecht S. 1061 ff.

[79]) Kohler § 69.

[80]) Ebner in Gruchots Beitr. Bd. 57 S. 343 ff.

steinregal ist nach dem ALR. als dingliches Recht des Staates geschaffen worden, obwohl es sich um ein herrenloses Objekt handelt. Gierke[81]) lehnt ein dingliches Jagdrecht mit der Begründung ab, daß die Objekte nicht genügend bestimmt seien. Dieser Gesichtspunkt ist ebensowenig durchschlagend, denn der Fischbestand in einem geschlossenen Gewässer, der nach § 960 BGB. im Eigentum, dem stärksten dinglichen Recht, steht, ist ebensowenig fest bestimmt wie der Wildstand eines Jagdreviers. Auch der Wildstand in einem großen abgeschlossenen Gehege ist nicht fest bestimmt und steht doch im Eigentum. Die genaue Bestimmbarkeit des Objekts ist somit kein Kennzeichen eines dinglichen Rechts. Wenn Winkler a. a. O. ein dingliches Jagdrecht ablehnt, da es an der notwendigen Beherrschung eines Wildstandes fehle, so erscheint mir auch dieses Argument nicht maßgebend. Die Ausübung der tatsächlichen Herrschaft oder die Möglichkeit hierzu ist kein Kennzeichen der Dinglichkeit, denn dem Eigentümer einer verlorenen Sache steht trotz mangelnder Herrschaft zweifellos auch weiter sein Eigentum zu.

Es ist unzutreffend, von der Herrschaft über eine Sache zu reden; beherrschen kann man nur Personen. Das dingliche Recht an einer Sache kann nur in deren Gebrauch bestehen, der sich jeweils nach den Bestimmungen der Sache ändert.

Das Wesen der Dinglichkeit an einer Sache besteht in der rechtlichen Befugnis auf Grund eines absoluten Rechts, das Schicksal der Sache zu bestimmen, soweit dies der Rechtsordnung entspricht[82]).

Schließt man sich dieser Auffassung des dinglichen Rechts an, so steht nichts entgegen, daß das Jagdrecht als ein dingliches Recht anzusehen ist, als ein Anfallsrecht.

Bei der vorstehenden Betrachtung ist davon ausgegangen, daß der Jagdberechtigte auch zugleich Grundeigentümer ist. Wie aber stellt sich das Recht des Jagdpächters dar? Ist auch das Recht des Jagdpächters ein dingliches Recht? Steht dem nicht § 2 JO. entgegen, der die Trennung des Jagdrechts vom Grundeigentum als dingliches Recht verbietet? Es unterliegt keinem Zweifel, daß das Gesetz die Verpachtung der Jagd gestattet. Es erwähnt diese ausdrücklich in §§ 835, II BGB., 5 II, 7 IV JO. usw. Es geht jedoch aus dem Gesetz nicht hervor, wie sich rechtlich die Jagdpacht darstellt, denn das Gesetz spricht ohne Unterschied von „Jagdnutzung" (§ 20 I JO.), „Verpachtung der Jagd" (§ 7 IV JO.), „Jagdausübung" (§ 5 II JO.), „Jagdrecht" (§ 6 II JO. und im § 935 II BGB.), wenn es von der Jagdpacht handelt. Bei der Auffassung der Jagdausübung als einer Grundstücksnutzung (Dickel, Jaehner) stellt sich die Jagd-

[81]) S. 525 ff.

[82]) Ähnlich Bitting a. a. O.

pacht als eine beschränkte Grundstückspacht dar. Wie bei der Grundstückspacht die Früchte mit der Trennung (§ 956 BGB.), so fallen hier die jagdbaren Tiere mit der Erlegung in das Eigentum des Pächters. Diese Auffassung von der Jagdbeute war jedoch abzulehnen.

Dickel und Frommhold[83]) lassen die Möglichkeit zu, daß der Jagdeigentümer eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit an seinem Jagdrecht bestellt, denn § 2 JO. sei geschaffen in der Absicht, das Jagdregal zu beseitigen, nur die Bestellung eines dauernd dinglichen Rechts sei ausgeschlossen. Dem stehe die persönliche beschränkte Dienstbarkeit nicht entgegen, da diese nur vorübergehend sei. Dies dürfte nicht zutreffen, denn § 2 JO. schließt ausdrücklich die Trennung des Jagdrechts als dingliches Recht von Grund und Boden aus; durch die Bestellung einer persönlich beschränkten Dienstbarkeit zugunsten einer juristischen Person würde diese vom Gesetz nicht gewollte Trennung für unbestimmte Zeit bewirkt werden können[84]). Es ist vielmehr davon auszugehen, daß das Wild Frucht des Jagdrechts ist. Bei einer Verpachtung der Jagd kann es sich nur um eine Überlassung des Jagdausübungsrechtes handeln, das Aneignungsrecht wird dem Pächter überlassen[85]). Daß die Verpachtung eines Rechtes vom BGB. zugelassen ist, erhellt aus § 595 BGB. („Ist bei der Pacht eines Grundstücks oder eines Rechts . . .").

Für die Pacht des Jagdrechtes ist § 581 BGB. maßgebend. Gemäß § 581 BGB. ist der Verpächter verpflichtet, dem Pächter den Gebrauch und den Genuß der Früchte der verpachteten Sache (des verpachteten Rechts) zu gestatten. Wie oben ausgeführt, sind aber die Bestimmungen in den §§ 953 ff. BGB. über den Fruchterwerb für das Jagdrecht entsprechend anzuwenden. Nach § 956 BGB. fallen demjenigen, dem die Fruchtziehung vom Berechtigten gestattet ist, die Früchte mit der Trennung zu, falls sich der Gestattungsempfänger im Besitz der Sache (des Rechtes) befindet. Der Jagdpächter pachtet ein Recht. Das BGB. kennt den Rechtsbesitz nur bei der Grunddienstbarkeit (§ 1029 BGB.) und bei der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit (§ 1090 BGB.). Dies ist eine so ausschließliche Regelung des Rechtsbesitzes, daß dieser für das BGB. allgemein nicht angenommen werden kann. Es fragt sich, ob für das Jagdrecht die §§ 5 bis 7 und 9 I 7 ALR. noch in Geltung sind. Dem scheint Art. 89 PrAG. BGB. entgegenzustehen, der den ganzen Titel 7 I aufhebt. Art. 89 PrAG. läßt jedoch diesen Titel weiter in Geltung, wo es sich um Gebiete handelt, in die öffentliches Recht hineinspielt. Dies ist der Fall beim

[83]) Forstzivilrecht S. 1054 ff.; Frommhold S. 200.
[84]) So auch Raape S. 179 ff.; Wolff, 1910 § 80 III.
[85]) Raape S. 179 ff.

Wasser-, Fischerei- und Bergrecht und sicher auch beim Jagdrecht[86]). Für das Jagdrecht besteht ein besonderes Bedürfnis, da § 862 BGB. dem Jagdausübungsberechtigten keinen Schutz gibt, weil hier ein Sachbesitz vorausgesetzt wird. Was ist jedoch unter Rechtsbesitz zu verstehen? Sachbesitz ist Herrschaftsverwirklichung über den Sachkörper in der Gesamtheit aller seiner Beziehungen. Ihm als Abbild des Eigentums steht, vergleichbar den begrenzten dinglichen Rechten, gegenüber die tatsächliche Ausübung einer Herrschaft, die sich selbst sachlich auf bestimmte Nutzung oder Gebrauch beschränkt. Läßt sich ein solcher Tatbestand genau abgrenzen und entspricht ihm ein Zustand, der nach außen erkennbar hervortritt und sich durch die gleichmäßige und andauernde Ausübung eines Gebrauchs als reale Herrschaft bewährt, so wird entsprechend von einem begrenzten Besitzrecht oder Rechtsbesitz gesprochen[87]). Sicher befindet sich der Jagdpächter im allgemeinen in einer Lage, daß er sein Jagdrecht tatsächlich ausübt und sein Revier beherrscht, soweit von der Beherrschung eines Jagdreviers die Rede sein kann. Diese wird auch nach außen erkennbar hervortreten. So ist sicher den Erfordernissen des § 956 BGB., den ich in Verbindung mit § 99 II BGB. für den Erwerb der Jagdbeute durch den Jagdpächter anwenden möchte, durch diesen im allgemeinen Genüge getan, so daß die Beute mit der Besitzergreifung auch durch einen Unberechtigten in das Eigentum des Jagdpächters fällt. Auch das Recht des Jagdpächters ist somit ein Anfallsrecht.

Das Eigentum am Wild erlischt jedoch, wenn der Unberechtigte, durch dessen Besitz das Eigentum für den Jagdberechtigten begründet wurde, dieses einem Gutgläubigen übereignet. Hier findet § 932 BGB. Anwendung. Diese Bestimmung wendet auch die h. M. für die Wildererbeute an, obwohl es sich nach ihrer Lehre um eine herrenlose Sache handelt[88]).

---

[86]) Gierke a. a. O. Dagegen Wolff, SR. 1910, § 24; zustimmend auch Bitting S. 54/55.

[87]) So Endemann, SR. S. 144 § 28.

[88]) Staudinger a. a. O.; Planck a. a. O.; Biermann a. a. O. u. a.

§ 3. Das Fischereirecht.

Die Fischerei stand im älteren Recht den Grundherren oder den Gerichtsherren, bisweilen den Almendgenossen oder der Gemeinde, meistens jedermann zu. Ein Fischereiregal ist für die Landesherren erst im 18. Jahrhundert nachweisbar. Der freie Fischfang für jedermann ist hier und da erhalten geblieben. Dieser der Fischerei schädliche Mißstand wurde durch die neueren Jagdgesetze des 19. Jahrhunderts beseitigt, die Gemeinden oder der Staat, denen neben dem Eigentümer das Fischereirecht zugesprochen wurde, dürfen den Fischfang nicht mehr freigeben. Das Fischereirecht ist landesrechtlich geregelt. Für Preußen bestimmt das ALR.: „Der Fischfang in öffentlichen Strömen gehört zu den Regalien." In einzelnen Provinzen fand sich auch in Preußen noch die freie Fischerei oder diejenige sämtlicher Gemeindegenossen. Dies ist durch das Fischereigesetz vom 30. Mai 1874 §§ 6, 7 geändert, so daß künftig neben dem die Regel bildenden Regal die frühere provinzialrechtliche freie Fischerei den politischen Gemeinden übertragen ist. Diese dürfen die Fischerei nicht freigeben, sondern sie nur durch besonders angestellte Fischer oder durch Verpachtung ausüben. Das Fischereigesetz ist unterm 30. März 1880 abgeändert. Gegenwärtig gilt in Preußen das Fischereigesetz vom 11. Mai 1916. Die Hochseefischerei, d. h. das Fischen im offenen Meer, ist jedermann gestattet. In den Küstengewässern steht das Fischen jedem Deutschen frei, mit der Einschränkung, daß in den im Eigentum des Staates befindlichen Küstengewässern, wie an der Weser- und Odermündung, hier dies Recht dem Eigentümer, dem Staate, zusteht. In Binnengewässern hat der Eigentümer des Gewässers das Fischereirecht, d. h. in großen Strömen der Staat, in Flüssen und Bächen die Anlieger. Hiervon bestehen Ausnahmen, so steht in Hessen-Nassau auch an den Gewässern 2. Ordnung dem Staat das Fischereirecht zu. Gemäß § 960 BGB. stehen jedoch die Fische in Teichen und geschlossenen Gewässern[89]) im Eigentum des Grundeigentümers. Die Fische in den anderen Gewässern sind herrenlos. Das Fischereirecht enthält gemäß § 4 des preußischen Fischereigesetzes das ausschließliche Aneignungsrecht an den herrenlosen Fischen und anderen nutzbaren Wassertieren, wie Krebsen, Muscheln, Schildkröten, unter Umständen Fröschen.

[89]) Geschlossene Gewässer sind solche, aus denen und in die Fische nicht wechseln können.

Für den rechtlichen Vorgang beim Erwerb gilt dasselbe, was in § 2 für das Jagdrecht ausgeführt wurde. Der Erwerb der Fische durch den Berechtigten vollzieht sich durch die Aneignung gemäß § 958 I BGB., durch die Besitzergreifung fällt dem Fischereiberechtigten das Eigentum an. Wenn ein Unberechtigter fischt, so folgert die h. M.[90]) nach den Protokollen der 2. Kommission gemäß § 958 II BGB. in Verbindung mit Artikel 69 EG. BGB., daß der fehlerhaft okkupierte Fisch herrenlos verbleibe. Daß diese Auslegung wie im Jagdrecht in keiner Weise den praktischen Bedürfnissen entspricht, liegt auf der Hand. Es gilt also auch hier das für das Jagdrecht Gesagte. Für die Fischereibeute als Frucht eines Rechtes sind die Bestimmungen in den §§ 953 bis 957 BGB. anzuwenden. Auch durch die Inbesitznahme eines Unberechtigten fällt das Eigentum dem Berechtigten an. Das Fischereirecht ist ein Anfallsrecht[91]). Als ein solches stellt es sich nicht nur für den Eigentümer dar, sondern auch für den Pächter, denn auch das Fischereirecht ist öffentlich-rechtlicher Natur, so daß der Titel 7 I des ALR. gemäß Art. 89 PrAG. anzuwenden ist, so daß auch diesem das Eigentum an den Fischen mit der Besitzergreifung, gleichwohl durch wen sie geschieht, anfällt, wenn er sich im Rechtsbesitz, d. h. in der Ausübung seines ihm überlassenen Rechtes befindet. Das dem Staat an gewissen Gewässern zugesprochene Fischereirecht ist ein Recht im Sinne der bekannten staatlichen Regalien. Es ist also ein dingliches Recht, das jedoch nicht die Früchte einer Sache, sondern die eines Rechtes gewährt. Es kann also für den Erwerb der Fischereibeute seitens des Staates nicht § 954 BGB. angewandt werden, sondern die Grundsätze über den Fruchterwerb sind sinngemäß allgemein auch hier maßgebend und führen zu dem richtigen und allein praktischen Ergebnis, daß auch das Fischereirecht des Staates sich als ein Anfallsrecht darstellt, wie das des Eigentümers oder das des Pächters.

---

[90]) Planck zu § 958 III; Staudinger EG. Art. 69; Biermann S. 243; Stobbe, d. Pr. R. II, § 116; Kretzschmar zu § 958 BGB. u. a.

[91]) Da er dies auch für das Jagdrecht bejaht, wohl im Ergebnis übereinstimmend, Wolff, § 79.

§ 4. Das Bergrecht.

Im älteren deutschen Recht ist die Befugnis zum Abbau der Mineralien Bestandteil des Grundeigentums, die Mineralien sind partes fundi; auf der Almende hat jeder Gemeindegenosse das Bergbaurecht. Der Grundeigentümerbergbau erhält sich während des Mittelalters vereinzelt. Er liegt dem Recht des Sachsenspiegels zugrunde[92]). Königliche Bergregalien bestehen jedoch seit dem 10. Jahrhundert. Im 12. Jahrhundert ist die Regalität des Bergbaus voll entwickelt. Nach der Entwicklung des Bergregals steckt das Gewinnungsrecht nicht mehr im Grundeigentum, das Mineral erscheint nicht mehr als pars fundi, sondern als herrenlose Sache. Die Strafrechtsnormen bedrohten mit Strafe die Entnahme verliehener, aber noch nicht gewonnener Mineralien als ein vom Diebstahl verschiedenes Delikt ähnlich der Wildjägerei. So stellte ein besonderes preußisches Gesetz vom 26. März 1856 das Aneignungsrecht des Bergwerkseigentümers unter strafrechtlichen Schutz. Es bedrohte auch das unbefugte Wegnehmen bergfreier Mineralien, d. h. solcher, deren Abbau noch nicht verliehen wurde, mit Geld- oder Gefängnisstrafe. Die Strafandrohung für Diebstahl und Unterschlagung versagte hier, weil sie nur die Aneignung fremder Sachen traf, d. h. solcher, die anderen bereits gehörten. Die Mineralien waren aber vor der Wegnahme herrenlos. Die Minealien, die ungebrochen an ihrer Lagerstätte liegen, sind nach geltendem Recht jedoch nicht herrenlos. So bestimmt § 94 BGB., daß Sachen, die mit dem Grund und Boden fest verbunden sind, als wesentliche Bestandteile des Grundstückes anzusehen sind, dies gilt insbesondere von den Bodenerzeugnissen, zu denen nach ihrer Entstehung die Mineralien zweifellos gehören. Daß die Mineralien nach geltendem Recht im Eigentum des Eigentümers des darüber liegenden Grundstückes stehen, spricht unzweideutig auch § 905 BGB. aus, wonach das Recht des Eigentümers sich auch auf den Raum unter der Erdoberfläche erstreckt. Wenn in dieser Bestimmung dem Eigentümer das Verbot von Einwirkungen genommen wird, die in solcher Tiefe vorgenommen werden, daß er an der Ausschließung kein Interesse hat, so wird durch diese Einschränkung die Tatsache seines Eigentums nicht berührt. Auch der Umstand, daß der Eigentümer eines Grundstücks in der Verfügung über die darin enthaltenen

[92]) Siehe Wolff, SR. § 95 S. 322.

Mineralien ausgeschlossen oder beschränkt ist, spricht nicht gegen sein Eigentum daran, denn das Gesetz enthält die mannigfachsten Bestimmungen, die den Eigentümer in seiner Verfügungsbefugnis einschränken. Das Eigentum des Grundeigentümers an den Mineralien, wie es nach geltendem Recht besteht, erübrigte in der Gesetzgebung auch eine besondere Strafnorm für den Fall der Entnahme noch nicht geförderter Mineralien, wie sie das gemeine Recht verlangte. Das RStGB. enthält keine Bestimmung, die das unbefugte Aneignen von Mineralien unter Strafe stellt, denn hier genügen die Bestimmungen über den Diebstahl in den §§ 242 ff. StGB. Das Recht, das der Beliehene an den Fossilien in seinem Gebiet erlangt, wird oft in Gesetzen wie in der Literatur Eigentum genannt. Er habe das Eigentum am Bergwerk getrennt von dem der Erdoberfläche. Auch in den neueren Berggesetzen wird der Ausdruck Bergwerkseigentum und Bergwerkseigentümer unbedenklich gebraucht. Dieser unrichtige Ausdruck wird nicht verwandt, um ein juristisches Eigentum des Bergbauberechtigten zu behaupten, vielmehr ist in laxer Terminologie das Recht einer wirtschaftlichen Ausnutzung damit gemeint; es ist das Recht zur Aneignung der in der Verleihungsurkunde benannten Mineralien. Ein Eigentum des Berechtigten an Mineralien oder am Grubenfeld anzunehmen, schießt übers Ziel hinaus. Alle Gesetze sprechen nur von einem Recht zum Aufsuchen und zur Gewinnung. Es besteht ein Recht zum Schürfen (ein Aufsuchungsrecht) von Mineralien auf Grund eines begründeten Gesuches an die zuständige Bergbehörde. Diese erteilt dem Beliehenen das ausschließliche Aneignungsrecht an den in der Verleihungsurkunde benannten Mineralien in dem in der Urkunde normierten Felde und die ausschließliche Befugnis, die benannten Mineralien in seinem Felde aufzusuchen und durch Trennung das Eigentum an ihnen zu gewinnen. Bergwerkseigentum ist kein Sacheigentum, sondern der Inbegriff der Berechtigungen, die dem Zwecke des Bergbaus dienen. Maßgebend ist hierfür in Preußen § 54 des allgemeinen Berggesetzes von 1865. Dem Berechtigten wird das dingliche Recht auf Aneignung bergbauwürdiger Mineralien in seinem Berggute verliehen. Es handelt sich, wie ausgeführt, nicht um ein herrenloses Objekt des Aneignungsrechts. Für den Erwerb ist also hier § 954 BGB. maßgebend. Das Eigentum an den Mineralien fällt dem Berechtigten an, sobald diese vom Grund und Boden getrennt werden. Dem steht Art. 67 EG., der das Bergrecht dem Landesrecht vorbehält, nicht entgegen, denn auch hier ist für den Erwerb das Reichsrecht maßgebend, da das Landesrecht über die rechtliche Konstruktion des Eigentumserwerbs an den Mineralien schweigt. So wird in der Wissenschaft unter Berufung auf die Motive[93]) mit Recht angenommen[94]), § 954 BGB.

[93]) Mot. 363.

[94]) Windscheid, Pandekten I § 186; Lange S. 20; Biermann SR. S. 235.

sei auch für das Bergrecht maßgebend. Dies ist richtig, denn es handelt sich beim Bergrecht um ein dingliches Recht an einer fremden Sache, das § 954 BGB. voraussetzt. In richtiger Anwendung des § 954 auf das Bergrecht stellt sich dies als ein Anfallsrecht im Sinne unserer Betrachtung dar, dem Berechtigten fällt das Eigentum an den Mineralien als Früchte seines Rechts an einer fremden Sache mit der Trennung an. Unter Trennung ist hier die Inbesitznahme der Mineralien durch eine menschliche Tätigkeit zu verstehen. Das „Schießen" (Sprengen der fest in den Flözen lagernden Mineralien) ist für den Eigentumserwerb nicht entscheidend, denn das würde zu unlösbaren Grenzfällen führen, da man keinen Unterschied machen kann, ob das Mineral lose gelagert hat, ob es durch ein Naturereignis aus der festen Verbindung gelöst wurde oder ob dies durch eine willkürliche menschliche Handlung erfolgte. Maßgebend für den Anfall des Eigentums muß der Augenblick sein, in dem das Mineral durch Menschenhand abgetrennt und dadurch zu einer selbständigen Sache wird.

Lebenslauf.

Als Sohn des Ziegeleibesitzers Carl Lübbing wurde ich am 5. 5. 1904 in Oldenburg i. O. geboren. Ich habe die preußische Staatsangehörigkeit. Von Ostern 1911 bis Ostern 1914 besuchte ich die städtische Vorschule zu Oldenburg. Von Ostern 1914 bis zum Herbst 1921 war ich auf dem staatlichen Reformrealgymnasium zu Oldenburg, das ich aus der Untersekunda verließ, um mich extern auf die Reifeprüfung vorzubereiten. Von Ostern 1922 bis zum 1. Oktober 1924 machte ich eine kaufmännische Lehre in einer Waggonfabrik in Oldenburg durch, mußte jedoch im Herbst 1924 meine kaufmännische Tätigkeit aufgeben, da ich durch einen Unglücksfall eine Augenverletzung erhalten hatte. Mit größeren Unterbrechungen aus wirtschaftlichen Gründen vervollständigte ich in den Jahren 1925 und 1927 meine Schulausbildung in der Blindenstudienanstalt in Marburg-Lahn. Am 13. September 1928 legte ich die Reifeprüfung als Externer am Realgymnasium in Marburg ab. Darauf studierte ich an der Universität Marburg sechs Semester Rechts- und Staatswissenschaften und bestand am 16. November am Oberlandesgericht in Kassel die erste iuristische Staatsprüfung. Ich wurde am Oberlandesgericht in Celle zum Referendar ernannt und befinde mich gegenwärtig in der Referendarausbildung. Die Doktorprüfung bestand ich am 26. September 1932 vor der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Philipps-Universität zu Marburg.